بداية المجتهد ونهاية المقتصد

تأليف الإمام القاضي أبي الوليد

محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد

"٥٢٠ - ٥٩٥ هـ"

تعليق وتحقيق وتخريج

محمد صبحي حسن حلاق

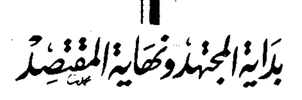
غفر الله له ولوالديه ولمن علمه

الجزء الثالث

الناشر
مكتبة ابن تيمية
القاهرة
هاتف: ٨٦٤٢٤٠

توزيع
مكتبة العلم بجدة
حي الثغر هاتف: ٦٨٧٧٠١٤
فرع الرياض هاتف ٤٢٦٥٤١٩


بسم الله الرحمن الرحيم


بداية المجتهد ونهاية المقتصد

الطبعة الأولى

١٤١٥ هـ

٢٠ ـ كتاب النكاح

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب :

الباب الأول : في مقدمات النكاح .

الباب الثاني : في موجبات صحة النكاح .

الباب الثالث : في موجبات الخيار في النكاح .

الباب الرابع : في حقوق الزوجية .

الباب الخامس : في الأنكحة المنهي عنها والفاسدة .



○ الباب الأول ○

[في مقدمات النكاح]

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح ، وفي حكم خطبة النكاح ، وفي الخطبة على الخطبة . وفي النظر إلى المخطوبة قبل التزويج .

فأما حكم النكاح فقال قوم : هو مندوب إليه ، وهم الجمهور ، وقال أهل الظاهر : هو واجب ، وقالت المتأخرة من المالكية : هو في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ، وذلك بحسب ما يخاف على نفسه من العنت .

وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى : ﴿ **فانكحوا ما طاب لكم من النساء** ﴾[1] وفي قوله عليه الصلاة والسلام : « تناكحوا فإني مكاثر بكم الأمم »[2] وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب

(١) النساء : (٣) .

(٢) ● أخرج أبو داود (٢ /٥٤٢ رقم ٢٠٥٠) ، والنسائي (٦ /٦٥ -٦٦) ، والحاكم في المستدرك (٢ /١٦٢) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ /٦٢) .
من حديث معقل بن يسار قال : جاءَ رجل إلى النبي ﷺ فقال : إني أصبت امرأة ذات حسب وجمال ، وإنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ قال : « لا » ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة ، فقال : « تزوجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأمم » .
وقال الحاكم : صحيح الإسناد . ووافقه الذهبي .
● وأخرج أحمد (٣ /١٥٨، ٢٤٥) ، وابن حبان (ص ٣٠٢ رقم ١٢٢٨ - الموارد) ، وأبو نعيم في الحلية (٤ /٢١٩) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١ /٣٩٤ رقم ٦٧٥/٤٤٢) ، والبيهقي (٧ /٨١) وسعيد بن منصور (١ /١٣٩ رقم=

أم على الندب أم على الإباحة . فأما من قال : إنه في حق بعض الناس واجب ، وفي حق بعضهم مندوب إليه ، وفي حق بعضهم مباح ؛ فهو التفات إلى المصلحة ، وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل ، وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه ، وقد أنكره كثير من العلماء ، والظاهر من مذهب مالك القول به .

وأما خطبة النكاح المروية عن النبي ﷺ[1] فقال الجمهور : إنها ليست

= ٤٩٠) من حديث أنس بلفظ « تزوجوا الودود الولود ، فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة » .

وفي سنده : خلف بن خليفة : صدوق . اختلط في الآخر ، كما في التقريب (١ /٢٢٥ رقم ١٤٠) إلا أن الحديث صحيح لغيره . وقد صححه الألباني في الإرواء (٦ /١٩٥ رقم ١٧٨٤) .

(١) أخرج أبو داود (٢ /٥٩١ رقم ٢١١٨) ، والترمذي (٣ /٤١٣ رقم ١١٠٥) ، والنسائي (٦ /٨٩) ، وابن ماجه (١ /٦٠٩ رقم ١٨٩٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٧٩) ، والحاكم (٢ /١٨٢ -١٨٣) ، وأبو نعيم في الحلية (٧ /١٧٨) ، والبيهقي (٧ /١٤٦) ، والدارمي (٢ /١٤٢) ، وأحمد (١ /٣٩٢ -٣٩٣ ، ٤٣٢) ، والطيالسي (ص ٤٥ رقم ٣٣٨) .

من حديث ابن مسعود قال : كان رسول الله ﷺ يعلمنا خطبة الحاجة : الحمد لله ، أو إنِ الحمدُ لله ، نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا . من يَهْدِه الله فلا مُضِل له ومن يُضْلِل فلا هَادِيَ له . وأشهد أنْ لا إله إلا الله وحده لا شريكَ له ، وأشهد أنَّ محمداً عبده ورسوله ، ثم تَصِلُ خُطبَتَك بثلاث آيات من كتاب الله : (يا أيها الّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ حَقَّ تُقاتِهِ) [آل عمران : ١٠٢] إلى آخر الآية . (واتَّقُوا اللهَ الذي تَسَآءلُونَ بِهِ والأَرْحَامَ) [النساء : ١] إلى آخر الآية . (اتَّقُوا اللهَ وَقُولُوا قَولاً سَدِيداً يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُم) [الأحزاب : ٧٠ -٧١] إلى آخر الآية . زاد الطيالسي عن شعبة قال : قلت لأبي إسحاق : هذه خطبة النكاح وفي غيرها ، قال : في كل حاجة .

● قال المحدث الألباني في كتابه « خطبة الحاجة التي كان رسول الله ﷺ يعلمها أصحابه » : وردت هذه الخطبة المباركة عن ستة من الصحابة وهم : عبد الله بن مسعود ، وأبو موسى الأشعري ، وعبد الله بن عباس ، وجابر بن عبد الله ، ونبيط =

واجبة ، وقال داود : هي واجبة .

وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فأما الخطبة على الخطبة ، فإن النهي في ذلك ثابت عن النبي ﷺ[1] . واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهي عنه أو لا يدل . وإن كان يدل ففي أي حالة يدل ؟ فقال داود : يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ . وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أن يفسخ قبل الدخول ، ولا يفسخ بعده ، وقال ابن القاسم : إنما معنى النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح ، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح جاز . وأما الوقت عند الأكثر فهو إذا ركن بعضهم إلى بعض لا في أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس[2]

= ابن شريط ، وعائشة رضي الله عنهم . وعن تابعي واحد هو الزهري رحمه الله .
ثم تكلم عليها على هذا النسق ، وقال في الخاتمة : قد تبين لنا من مجموع الأحاديث المتقدمة ، أن هذه الخطبة تفتح بها جميع الخطب ، سواء كانت خطبة نكاح ، أو خطبة جمعة أو غيرها ، فليست خاصة بالنكاح كما قد يظن ، وفي بعض طرق حديث ابن مسعود التصريح بذلك كما تقدم ، وقد أيد ذلك عمل السلف الصالح ، فكانوا يفتتحون كتبهم بهذه الخطبة ثم ذكر بعضاً منهم .

(١) ● أخرج البخاري (٩ /١٩٨ رقم ٥١٤٢) ، ومسلم (٢ /١٠٣٢ رقم ٤٩ / ١٤١٢) ، وأحمد (٢ /١٢٢، ١٢٤، ١٢٦) ، ومالك (٢ /٥٢٣ رقم ٢) وغيرهم من حديث ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله ﷺ : « لا يخطب أحدُكم على خطبةِ أخيه » .
واللفظ لمالك ، وله عند الباقين ألفاظ .
● وأخرج البخاري (٩/١٩٩ رقم ٥١٤٤) ، ومسلم (٢ /١٠٣٣ رقم ٥١ / ١٤١٣) ، وأحمد (٢ /٢٣٨ ، ٢٧٤ ، ٣١١) ، ومالك في الموطأ (٢ /٥٢٣ رقم ١) من حديث أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يخطب أحدكم على خِطبة أخيه » .
وفي الباب من حديث عقبة بن عامر ، وسمرة .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١١١٤ رقم ٣٦ /١٤٨٠) ، وأبو داود (٢ /٧١٢ رقم =

« حيث جاءت إلى النبي ﷺ فذكرتْ لَهُ أنَّ أبا جَهْمٍ بْنَ حُذَيْفَةَ ومُعَاوِيَةَ بْنَ أَبي سُفْيانَ خَطَبَاهَا، فَقَالَ : أمَّا أبو جَهْمٍ فَرَجُلٌ لا يَرْفَعُ عَصَاهُ عنِ النِّسَاءِ، وأمَّا مُعَاوِيَةُ فَصُعْلُوكٌ لا مَالَ لَهُ ، وَلٰكِنِ انْكِحِي أُسَامَةَ » . وأما النظر إلى المرأة عند الخطبة ، فأجاز ذلك مالك إلى الوجه والكفين فقط ، وأجاز ذلك غيره إلى جميع البدن عدا السوأتين ، ومنع ذلك قوم على الإطلاق ؛ وأجاز أبو حنيفة النظر إلى القدمين مع الوجه والكفين .

والسبب في اختلافهم أنه ورد الأمر بالنظر إليهن[1] مطلقًا ، وورد بالمنع مطلقًا[2] ، وورد مقيدًا : أعني بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء في

= ٢٢٨٤) ، والترمذي (٣ /٤٤١ رقم ١١٣٥) ، والنسائي (٦ /٧٥ -٧٦) ، وابن ماجه (١ /٦٠١ رقم ١٨٦٩) ، وأحمد (٦ /٤١١ ، ٤١٢) ، ومالك (٢ /٥٨٠ رقم ٦٧) ، والبيهقي (٧ /١٨٠ -١٨١) وغيرهم مطولاً . وسيأتي .

(١) قلت : أما الأمر بالنظر إليهن عند إرادة الخطبة فورد من حديث أبي هريرة ، وجابر ، وأنس ، والمغيرة بن شعبة ، ومحمد بن مسلمة ، وأبي حميد .
● أما حديث أبي هريرة فأخرجه مسلم : (٢ /١٠٤٠ رقم ٧٥ /١٤٢٤) ، والنسائي (٦ /٦٩ -٧٠) ، وأحمد (٢ /٢٨٦ ، ٢٩٩) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /١٤) ، والدارقطني (٣ /٢٥٣ رقم ٣٤) ، والبيهقي (٧ /٨٤) عنه قال : كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار ، فقال له رسول الله ﷺ : « أنظرت إليها ؟ قال : لا . قال : فاذهب فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً » .
قلت : وانظر تخريج أحاديث الصحابة الباقين في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح .

(٢) قلت : أما المنع مطلقاً فمراده به من غير إرادة الخطبة ، وهذا معلوم بالضرورة وفيه أحاديث .
منها : ما أخرجه مسلم (٣ /١٦٩٩ رقم ٤٥ /٢١٥٩) ، وأبو داود (٢ /٦٠٩ رقم ٢١٤٨) ، والترمذي (٥ /١٠١ رقم ٢٧٧٦) .
عن جرير بن عبد الله ، قال : سألت رسول الله ﷺ عن نظرة الفجاءةِ ، فأمرني =

قوله تعالى : ﴿ **ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها** ﴾[1] إنه الوجه والكفان ، وقياسا على جواز كشفهما في الحج عند الأكثر ، ومن منع تمسك بالأصل وهو تحريم النظر إلى النساء .

= أن أصرف بصري » .

ومنها : ما أخرجه البخاري (١١ /٢٦ رقم ٦٣٤٣) ، ومسلم (٤ /٢٠٤٧) رقم (٢١ /٢٦٥٧) من حديث أبي هريرة ، عن النبي ﷺ قال : « كُتِبَ على ابن آدم نصيبُهُ من الزنا . مدركٌ ذلك لا محالةَ . فالعينانِ زناهما النظر .. » الحديث .

(١) النور : (٣١) .

وانظر تفسير الآية في « جامع البيان » لابن جرير الطبري (١٠ جـ ١٨ /١١٧ – ١٢١) .

○ الباب الثاني ○

[في موجبات صحة النكاح]

وهذا الباب ينقسم إلى ثلاثة أركان :

الركن الأول : في معرفة كيفية هذا العقد .

الركن الثاني : في معرفة شروط هذا العقد .

الركن الثالث : في معرفة محل هذا العقد .

● الركن الأول :

في الكيفية . والنظر في هذا الركن في مواضع : في كيفية الإذن المنعقد به ، ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد ، وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز ؟ وهل إن تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد ، أم من شرط ذلك الفور ؟ .

● الموضع الأول :

الإذن في النكاح على ضربين : فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالألفاظ ، وهو في حق الأبكار المستأذنات واقع بالسكوت : أعني الرضا . وأما الرد فبالفظ ولا خلاف في هذه الجملة إلا ما حكي عن أصحاب الشافعي أن إذن البكر إذا كان المنكح غير أب ولاجد بالنطق ، وإنما صار الجمهور إلى أن إذنها بالصمت للثابت من قوله ﷺ : « **الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّها ، والبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ في نَفْسِهَا ، وَإِذْنُها صُمَاتُها** »[1] واتفقوا على أن انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن

---

(١) أخرجه مالك (٢ /٥٢٤ رقم ٤) . عن عبد الله بن الفضل عن نافع بن جبير بن=

إذنه اللفظ ، وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة ، فأجازه قوم ، وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج .

وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به ؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران قال : لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، ومن قال : إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ ؛ أجاز النكاح بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك ، أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

= مطعم عن عبد الله بن عباس به .
ومن طريق مالك أخرجه أحمد (١ /٢٤١، ٢٤٢، ٣٤٥) ، والدارمي (٢ /١٣٨) ، ومسلم (٢ /١٠٣٧ رقم ٦٦ /١٤٢١) ، وأبو داود (٢ /٥٧٧ رقم ٢٠٩٨) ، والترمذي (٣ /٤١٦ رقم ١١٠٨) ، والنسائي (٦ /٨٤) ، وابن ماجه (١ /٦٠١ رقم ١٨٧٠) ، وابن الجارود رقم (٧٠٩) ، والبيهقي (٧ /١١٥) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦ /١٤٢ رقم ١٠٢٨٣) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٢ رقم ٢٤) ، وسعيد بن منصور (١/ ١٥٥ رقم ٥٥٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٦٦) ، والدارقطني (٣ /٢٣٨ -٢٣٩) ، والبغوي (٩ /٣٠) ، والذهبي في « تذكرة الحفاظ » (٢ /٧٠٦) .
وقد تابع مالكاً جماعة عليه .
(**منهم**) : زياد بن سعد . أخرجه مسلم (٢ /١٠٣٧ رقم ٦٧ /١٤٢١) ، وأبو داود (٢ /٥٧٧ رقم ٢٠٩٩) ، والنسائي (٦ /٨٥) ، وأحمد (١ /٢١٩) ، والحميدي (١ /٢٣٩ رقم ٥١٧) وغيرهم .
(**ومنهم**) : صالح بن كيسان . أخرجه أبو داود (٢ /٥٧٨ رقم ٢١٠٠) ، والنسائي (٦ /٨٤) ، وأحمد (١ /٢٦١) وصححه الألباني في صحيح أبي داود .
(**ومنهم**) : ابن إسحاق . أخرجه الذهبي في « تذكرة الحفاظ » (٢ /٧٠٦) .
(**ومنهم**) : سفيان الثوري . أخرجه عبد الرزاق في « المصنف » (٦ /١٤٢ رقم ١٠٢٨٢) .

● **الموضع الثاني :**

وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد ، فإنه يوجد في الشرع على ضربين : **أحدهما** : يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما : أعني الزوج والزوجة ، إما مع الولي ، وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها . **والثاني** : يعتبر فيه رضا الأولياء فقط ، وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ، ومسائل اختلفوا فيها ، ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول : أما الرجال البالغون الأحرار المالكون لأمر أنفسهم ، فإنهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح ، واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده ، والوصي محجوره البالغ أم ليس يجبره ؟ فقال مالك : يجبر السيد عبده على النكاح ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يجبره .

والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه ؟ وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره ، والخلاف في ذلك موجود في المذهب .

وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وإنما طريقه الملاذُّ ؟ وعلى القول بأن النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذلك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح ، فاتفقوا على اعتبار رضا الثيب البالغ لقوله ﷺ « والثَّيِّبُ تُعْرِبُ عَنْ نَفْسها »[1] إلا ما حكي عن الحسن البصري .

---

(١) أخرجه ابن ماجه (١ /٦٠٢ رقم ١٨٧٢) .
وقال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (١ /٣٣٠ رقم ٦٧٤) : هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع .
عدي لم يسمع من أبيه عدي بن عميرة يدخل بينهما العرس بن عميرة قاله أبو حاتم وغيره ، وقال المزي : رواه يحيى بن أيوب المصري ، عن ابن أبي حسين ، عن عدي ابن عدي ، عن أبيه ، عن العرس رجل من أصحاب النبي ﷺ عن النبي ﷺ .
قلت : « والقائل البوصيري » وهكذا رواه الحاكم في المستدرك . من طريق عمرو بن=

واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب غير البالغ مالم يكن ظهر منها الفساد . فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى : للأب فقط أن يجبرها على النكاح ، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وأبو ثور وجماعة : لابد من اعتبار رضاها ، ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه .

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم ، وذلك أن ما روي عنه ﷺ من قوله: « لا تُنْكَحُ اليَتِيمَةُ إِلَّا بإِذْنِها »[1] وقوله: «تُسْتأْمَرُ اليَتِيمَةُ فِي نَفْسِها » خرجه أبو داود[2] ، والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الأب بخلاف

= الربيع بن طارق عن يحيى بن أيوب فذكره بإسناده ومتنه .
ورواه البيهقي في سننه الكبرى (٧/ ١٢٣) عن الحاكم به .
ورواه الإمام أحمد في مسنده (٤/ ١٩٢) من طريق عدي بن عدي .
ورواه ابن أبي شيبة في مسنده ، عن يحيى بن إسحاق ، عن ليث بن سعد به .
وأبو يعلى الموصلي حدثنا زهير ، حدثنا إسحاق بن عدي ، حدثنا ليث فذكره .
قلت : « والقائل البوصيري » : وله شاهد من حديث ابن عباس ، وأبي هريرة في صحيح مسلم وغيره .
والخلاصة أن الحديث صحيح بشواهده ، وصححه الألباني في الإرواء رقم (١٨٣٦) .

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٢٢٩ -٢٣١) رقم (٣٥ ، ٣٦، ٣٧، ٤٠) ، والحاكم (٢/ ١٦٧) ، والبيهقي (٧/ ١٢١) من حديث ابن عمر . وقال الحاكم : حديث صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

(٢) في السنن (٢/ ٥٧٣ رقم ٢٠٩٤) .
قلت : وأخرجه الترمذي (٣ / ٤١٧ رقم ١١٠٩) ، والنسائي (٦/ ٨٧) ، والبيهقي (٧/ ١٢٠) من حديث أبي هريرة .
وقال الترمذي : حديث حسن .
● قلت : وأخرج أبو داود(٢/ ٥٧٨ رقم ٢١٠٠) ، والنسائي (٦/ ٨٥) من حديث ابن عباس ، أن رسول الله ﷺ قال : « ليس للولي مع الثيب أمرٌ ، واليتيمةُ تُستأمر وصمتُها إقرارها » . وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في صحيح أبي داود .

اليتيمة ، وقوله ﷺ في حديث ابن عباس المشهور : « وَالبِكْرُ تُسْتأمَرُ »[1] يوجب بعمومه استئمار كل بكر . والعموم أقوى من دليل الخطاب ، مع أنه خرج مسلم[2] في حديث ابن عباس زيادة ، وهو أنه قال ﷺ : « وَالبِكْرُ يِسْتأذِنُها أَبُوهَا » وهو نص في موضع الخلاف . وأما الثيب غير البالغ ، فإن مالكا وأبا حنيفة قالا : يجبرها الأب على النكاح ؛ وقال الشافعي : لا يجبرها ؛ وقال المتأخرون : إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال : قول إن الأب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب ، وقول إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون ، وقول إنه لا يجبرها وإن لم تبلغ ، وهو قول أبي تمام ، والذي حكيناه عن مالك هو الذي حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه .

وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم ، وذلك أن قوله ﷺ : « تُسْتأمَرُ اليَتِيمَةُ فِي نَفْسِها وَلَا تُنْكَحُ اليَتِيمَةُ إِلَّا بِإِذْنِها »[3] يفهم منه أن ذات الأب لا تستأمر إلا ما أجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ ، وعموم قوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » يتناول البالغ وغير البالغ ، وكذلك قوله : « لَا تُنْكَحُ الأَيِّمُ حَتَى تُسْتأمَرُ وَلَا تُنْكَحُ حَتَى تُسْتأْذَنَ » يدل بعمومه على ما قاله الشافعي . ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر ، وهو استنباط القياس من موضع الإجماع ، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا اختلفوا في

---

(١) وهو حديث صحيح وقد تقدم قريباً .

(٢) في صحيحه (٢ /١٠٣٧ رقم ٦٧، ٦٨ /١٤٢١) .
قلت : وأخرجه أبو داود (٢ /٥٧٧ رقم ٢٠٩٩) ، والبيهقي (٧ /١١٥) ، وأحمد (١ /٢١٩) .
وقال أبو داود : « أبوها » ليس بمحفوظ . قلت : وقد أخرج هذه الزيادة مسلم كما سبق .

(٣) تقدم تخريجه قريبًا .

موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال الصغر قال : لا تجبر البكر البالغ ، ومن قال البكارة قال : تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ؛ ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد قال : تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة ، والثاني تعليل الشافعي ، والثالث تعليل مالك ، والأصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة . واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الإجبار ، وتوجب النطق بالرضا أو الرد ، فذهب مالك وأبو حنيفة إلى أنها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك ، وأنها لا تكون بزنا ولا بغصب ، وقال الشافعي : كل ثيوبة ترفع الإجبار .

وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله ﷺ : « الثيب أحق بنفسها من وليها » بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية ؟ واتفقوا على أن الأب يجبر ابنه الصغير على النكاح ، وكذلك ابنته الصغيرة البكر ، ولا يستأمرها لما ثبت:« أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنه بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بإنكاح أبي بكر أبيها رضي الله عنه »[1] إلا ما روي من الخلاف عن ابن شبرمة . واختلفوا من ذلك في مسألتين :

إحداهما : هل يزوج الصغيرة غير الأب ؟

والثانية : هل يزوج الصغير غير الأب ؟ فأما هل يزوج الصغيرة غير الأب أم لا ؟ فقال الشافعي : يزوجها الجد أبو الأب والأب فقط ، وقال مالك : لا يزوجها إلا الأب فقط ، أو من جعل الأب له ذلك إذا عين الزوج إلا أن يخاف

---

(١) أخرجه البخاري (٩ /١٩٠ رقم ٥١٣٣) ، ومسلم (٢ /١٠٣٩ رقم ٧٠ ، ٧٢ / ١٤٢٢) من حديث عائشة : « أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهي بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً » .

● وفي رواية لمسلم (٢ /١٠٣٩ رقم ٧١ /١٤٢٢) : « أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت سبع سنين وَزُفَّت إليه وهي بنت تسع سنين » .

عليها الضيعة والفساد ، وقال أبو حنيفة : يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ، ولها الخيار إذا بلغت .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن قوله ﷺ : « والبكر تستأمر وإذنها صماتها »[(١)] يقتضي العموم في كل بكر إلا ذات الأب التي خصصها الإجماع ، إلا الخلاف الذي ذكرناه ، وكون سائر الأولياء معلوما منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالأب في هذا المعنى ، فمنهم من ألحق به جميع الأولياء ومنهم من ألحق به الجد فقط ؛ لأنه في معنى الأب إذ كان أبا أعلى ، وهو الشافعي ، ومن قصر ذلك على الأب ؛ رأى أن ما للأب في ذلك غير موجود لغيره ، إما من قبل أن الشرع خصه بذلك ، وإما من قبل أن ما يوجد فيه من الرأفة والرحمة لا يوجد في غيره ، وهو الذي ذهب إليه مالك رضي الله عنه ، وما ذهب إليه أظهر - والله أعلم - إلا أن يكون هنالك ضرورة . وقد احتج الحنفية بجواز إنكاح الصغار غير الآباء بقوله تعالى : ﴿ **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ** ﴾[(٢)] قال : واليتيم لا ينطلق إلا على غير البالغة . والفريق الثاني قالوا : إن اسم اليتيم قد ينطلق على بالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: « تستأمر اليتيمة »[(٣)] والمستأمرة هي من أهل الإذن وهي البالغة ، فيكون لاختلافهم سبب آخر ، وهو اشتراك اسم اليتيم ، وقد احتج أيضا من لم يجز نكاح غير الأب لها بقوله عليه الصلاة والسلام: « تستأمر اليتيمة في نفسها »[(٤)] قالوا : والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق ؛ فوجب المنع ، ولأولئك أن يقولوا : إن هذا حكم اليتيمة التي هي من أهل الاستئمار ، وأما

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) النساء : (٣) .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) تقدم تخريجه .

الصغيرة فمسكوت عنها . وأما : هل يزوج الولي غير الأب الصغير ؟ فإن مالكا أجازه للوصي ، وأبا حنيفة أجازه للأولياء ، إلا أن أبا حنيفة أوجب الخيار له إذا بلغ ، ولم يوجب ذلك مالك ، وقال الشافعي : ليس لغير الأب إنكاحه .

وسبب اختلافهم قياس غير الأب في ذلك على الأب فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذي جاز للأب به أن يزوج الصغير من ولده لا يوجد في غير الأب ؛ لم يجز ذلك ، ومن رأى أنه يوجد فيه أجاز ذلك ، ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلأن الرجل يملك الطلاق إذا بلغ ، ولا تملكه المرأة ، ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار إذا بلغا .

● وأما الموضع الثالث :

وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار ، فإن الجمهور على أنه لا يجوز ، وقال أبو ثور : يجوز . والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التي لا يجوز فيها الخيار ، والبيوع التي يجوز فيها الخيار ، أو نقول إن الأصل في العقود أن لا خيار إلا ماوقع عليه النص ، وعلى المثبت للخيار الدليل ، أو نقول : إن أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والأنكحة لا غرر فيها ؛ لأن المقصود بها المكارمة لا المكايسة ؛ ولأن الحاجة إلى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخي القبول من أحد الطرفين عن العقد ، فأجاز مالك من ذلك التراخي اليسير ، ومنعه قوم ، وأجازه قوم ، وذلك مثل أن ينكح الولي امرأة بغير إذنها ، فيبلغها النكاح فتجيزه ، وممن منعه مطلقا الشافعي ، وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه ، والتفرقة بين الأمر الطويل والقصير لمالك .

وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا ، أم ليس ذلك من شرطه ؟ ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

● **الركن الثاني : في شروط العقد .**

وفيه ثلاثة فصول :

الفصل الأول : في الأولياء .

الثاني : في الشهود .

الثالث : في الصداق .

○ الفصل الأول ○
[في الأولياء]

والنظر في الأولياء في مواضع أربعة :

الأول : في اشتراط الولاية في صحة النكاح .

الموضع الثاني : في صفة الولي .

الثالث : في أصناف الأولياء وترتيبهم في الولاية ، وما يتعلق بذلك .

الرابع : في عضل الأولياء من يلونهم ، وحكم الاختلاف الواقع بين الولي والمولى عليه .

● **الموضع الأول :**

اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط ؟ فذهب مالك إلى أنه لا يكون نكاح إلا بولي ، وأنها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وزفر والشعبي والزهري : إذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولي وكان كفؤا جاز ، وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولي في البكر وعدم اشتراطه في الثيب . ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع أن اشتراطها سنة لا فرض ، وذلك

أنه روي عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولي ، وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على إنكاحها ، وكان يستحب أن تقدم الثيب وليها ليعقد عليها ، فكأنه عنده من شروط التمام لا من شروط الصحة ، **بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك ، أعني أنهم يقولون : إنها من شروط** الصحة لا من شروط التمام .

وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص ، بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هي كلها محتملة ، وكذلك الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك ، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس ، وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل ؛ لأن الأصل براءة الذمة ، ونحن نورد مشهور ما احتج به الفريقان ، ونبين وجه الاحتمال في ذلك ، فمن أظهر ما يحتج به من الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى : ﴿ **وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ﴾[1]. قالوا : وهذا خطاب للأولياء ، ولو لم يكن لهم حق في الولاية لما نهوا عن العضل ، وقوله تعالى : ﴿ **ولا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا** ﴾[2] قالوا: وهذا خطاب للأولياء أيضًا ، ومن أشهر ما احتج به هؤلاء من الأحاديث ما رواه الزهري عن عروة عن عائشة قالت : قال رسول ﷺ « أَيُّما امْرأةٍ نكحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّها فَنكَاحُهَا بَاطِلٌ ثلاثَ مَرَّاتٍ ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَالمهر لها بِمَا أَصَابَ مِنْهَا ، فَإِنِ اشْتَجَرُوا فَالسلطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » خرجه الترمذي[3] وقال فيه : حديث حسن ، وأما ما احتج به من لم يشترط الولاية

---

(١) البقرة : (٢٣٢) .

(٢) البقرة : (٢٢١) .

(٣) في السنن (٣ /٤٠٧ رقم ١١٠٢) .

=

من الكتاب والسنة ، فقوله تعالى : ﴿ **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ﴾[1] قالوا : وهذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها . قالوا : وقد أضاف إليهن في غير ما آية من الكتاب الفعل فقال : ﴿ **أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ** ﴾[1]. وقال : ﴿ **حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ** ﴾[2]. وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس[3] المتفق على صحته ، وهو قوله ﷺ « الأيم أحقُّ بنفسها من وليها ، والبكر تُسْتأمر فِي نَفْسِها وإذنها صماتها » وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى ، فهذا مشهور ما احتج به الفريقان من السماع . فأما قوله تعالى : ﴿ **فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ** ﴾[4] فليس فيه أكثر من نهي قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح ، وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط إذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا ، أعني بوجه من

= قلت : وأخرجه أبو داود (٢ /٥٦٦ رقم ٢٠٨٣) ، وابن ماجه (١ /٦٠٥ رقم ١٨٧٩) ، وابن الجارود رقم (٧٠٠) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٧) ، وابن حبان (ص ٣٠٥ رقم ١٢٤٧ - الموارد) ، والدارقطني (٣ /٢٢١ رقم ١٠) ، والحاكم (٢ /١٦٨) ، والبيهقي (٧ /١٠٥) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ /٨٨) ، والطيالسي (ص ٢٠٦ رقم ١٤٦٣) ، وأحمد (٦ /٤٧، ١٦٥) ، والدارمي (٢ /١٣٧) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١١) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦ /١٩٥ رقم ١٠٤٧٢) ، والحميدي (١ / ١١٢ رقم ٢٢٨) ، وابن أبي شيبة في « المصنف » (٤ /١٢٨) ، والبغوي في شرح السنة (٩ /٣٩) وغيرهم . وله شواهد من حديث جماعة من الصحابة وهو حديث صحيح . وقد بسط الكلام عليه البيهقي في السنن (٧ /١٠٥ ، ١٠٧) ، والحافظ في « التلخيص » (٣ /١٥٦ ، ١٥٧) .

(١) البقرة : (٢٣٤) .

(٢) البقرة : (٢٣٠) .

(٣) تقدم تخريجه وهو حديث صحيح .

(٤) البقرة : (٢٣٢) .

وجوه أدلة الخطاب الظاهرة أو النص بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا ، وهو أن الأولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا** ﴾[1] هو أن يكون خطابا لأولي الأمر من المسلمين ، أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطابا للأولياء، وبالجملة فهو متردد بين أن يكون خطابًا للأولياء أو لأولي الأمر . فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان أنه أظهر في خطاب الأولياء منه في أولي الأمر فإن **قيل**: إن هذا عام والعام يشمل ذوي الأمر والأولياء **قيل**: إن هذا الخطاب إنما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع ، فيستوي فيه الأولياء وغيرهم ، وكون الولي مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الإذن أصله الأجنبي ، ولو قلنا إنه خطاب للأولياء يوجب اشتراط إذنهم في صحة النكاح ؛ لكان مجملا لا يصح به عمل ؛ لأنه ليس فيه ذكر أصناف الأولياء ، ولا صفاتهم ولا مراتبهم ، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة ، ولو كان في هذا كله شرع معروف ؛ لنقل تواترا أو قريبا من التواتر ؛ لأن هذا مما تعم به البلوى ، ومعلوم أنه كان في المدينة من لاولي له ، ولم ينقل عنه ﷺ أنه كان يعقد أنكحتهم ، ولا ينصب لذلك من يعقدها ، وأيضا فإن المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية ، وإنما المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر ، والله أعلم . وأما حديث عائشة[2] فهو حديث مختلف في وجوب العمل به ، والأظهر أن مالا يتفق على صحته أنه ليس يجب العمل به ، وأيضا فإن سلمنا صحة الحديث ؛ فليس فيه إلا اشتراط إذن الولي لمن لها ولي أعني : المولى عليها ، وإن سلمنا أنه عام في كل امرأة ؛ فليس فيه أن المرأة لا تعقد على نفسها ، أعني : أن لاتكون هي التي تلى العقد بل الأظهر منه أنه إذا أذن الولي لها ؛ جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط في صحة النكاح **إشهاد** الولي معها ،

---

(١) البقرة : (٢٢١) .

(٢) فهو حديث صحيح كما سبق .

وأما ما احتج به الفريق الآخر من قوله تعالى: ﴿ **فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من معروف** ﴾[1] فإن المفهوم منه النهي عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن ، وليس هاهنا شيء يمكن أن تستبد به المرأة دون الولي إلا عقد النكاح ، فظاهر هذه الآية - والله أعلم - أنِ لها أن تعقد النكاح وللأولياء الفسخ إذا لم يكن بالمعروف ، وهو الظاهر من الشرع إلا أن هذا لم يقل به أحد ، وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف . وأما إضافة النكاح إليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد ، لكن الأصل هو الاختصاص إلا أن يقوم الدليل على خلاف ذلك . وأما حديث ابن عباس فهو لعمري ظاهر في الفرق بين الثيب والبكر ؛ لأنه إذا كان كل واحد منهما يستأذن ، ويتولى العقد عليهما الولي ، فبماذا ليت شعري تكون الأيم أحق بنفسها من وليها ؟ وحديث الزهري هو أن يكون موافقا هذا الحديث أحرى من أن يكون معارضا له ، ويحتمل أن تكون التفرقة بينهما في السكوت والنطق فقط ، ويكون السكوت كافيًا في العقد ، والاحتجاج بقوله تعالى : ﴿ **فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف** ﴾[2] . هو أظهر في أن المرأة تلي العقد ، من الاحتجاج بقوله : ﴿ **ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا** ﴾[3] على أن الولي هو الذي يلي العقد ، وقد ضعفت الحنفية حديث عائشة ، وذلك أنه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهري ، وحكى ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهري عنه فلم يعرفه ، قالوا : والدليل على ذلك أن الزهري لم يكن يشترط الولاية ، ولا الولاية من مذهب عائشة . وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس أنه قال : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ »[4] ولكنه مختلف في رفعه .

(١) البقرة : (٢٤٠) .

(٢) البقرة : (٢٣٤) .

(٣) البقرة : (٢٢١) .

(٤) ● أخرجه الدارقطني (٣/١٢١ رقم ١١) ، والبيهقي (٧ /١٢٤) من طريق :=

وكذلك اختلفوا أيضًا في صحة الحديث الوارد « في نكاح النبي ﷺ أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها إياه »[1] . وأما احتجاج الفريقين من جهة المعاني

= عدي بن الفضل ، عن عبيد الله بن عثمان بن خثيم ، عن سعيد بن جبير ، عن ابن عباس ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل ، وأيما امرأة أنكحها ولي مسخوط عليه فنكاحها باطل » .

قال الدارقطني : رفعه عدي بن الفضل ، ولم يرفعه غيره .

وقال البيهقي : كذا رواه عدي بن الفضل وهو ضعيف ، والصحيح موقوف .

● وأخرجه الطبراني في الكبير (١١ /١٥٥ رقم ١١٣٤٣) من طريق الربيع بن بدر عن النهاس بن فهم عن عطاء عن أشياخ لهم عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يكون نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما كان قل أم كثر » . والربيع ابن بدر متروك .

● وأخرجه البيهقي (٧ /١٢٥ -١٢٦) ، والترمذي (٣ /٤١١ رقم ١١٠٣) من طريق عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن جابر بن زيد عن ابن عباس ، عن النبي ﷺ قال : « البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة » .

قال الترمذي : رفعه عبد الأعلى في التفسير ، ووقفه في الطلاق . والصواب موقوف .

قلت : وفي الباب عن عائشة ، وعمران بن حصين ، وأبي هريرة ، وجابر ، وأبي موسى ، وأبي سعيد الخدري ، وابن مسعود ، وابن عمر ، وعلي بن أبي طالب .

انظر تخريجها والكلام عليها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح والخلاصة أن الحديث صحيح لغيره .

(١) أخرجه أحمد (٦ /٢٩٥، ٣١٣، ٣١٤ -٣١٧، ٣١٨) ، والنسائي (٦ /٨١ رقم ٣٢٥٤) ، والحاكم (٤ /١٦ -١٧) ، والبيهقي (٧ /١٣١) . من طريق حماد بن سلمة ، ثنا ثابت ، عن ابن عمر بن أبي سلمة ، عن أبيه ، عن أم سلمة .

قال الحاكم : صحيح الإسناد ، فإن ابن عمر بن أبي سلمة الذي لم يسمه حماد بن سلمة سماه غيره سعيد بن عمر بن أبي سلمة . ووافقه الذهبي .

قلت : لا ، وابن عمر بن أبي سلمة قال الذهبي نفسُهُ : « لا يُعرف » . وقد اختلف على ثابت فيه .

فأخرجه الطحاوي في شرح المعاني (٣ /١١ -١٢) من طريق حماد بن سلمة ، وسليمان بن المغيرة ، قالا : ثنا ثابت ، عن عمر بن أبي سلمة ، عن أم سلمة . =

فمحتمل ، وذلك أنه يمكن أن يقال: إن الرشد إذا وجد في المرأة اكتفي به في عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ، ويشبه أن يقال : إن المرأة مائلة بالطبع إلى الرجال أكثر من ميلها إلى تبذير الأموال ، فاحتاط الشرع بأن جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد ، مع أن ما يلحقها من العار في إلقاء نفسها في غير موضع كفاءة يتطرق إلى أوليائها ، لكن يكفي في ذلك أن يكون للأولياء الفسخ أو الحسبة ، والمسألة محتملة كما ترى ، لكن الذي يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم ، فإن تأخر البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فإذا كان لا يجوز عليه ﷺ تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وكان عموم البلوى في هذه المسألة يقتضي أن ينقل اشتراط الولاية عنه ﷺ تواترا أو قريبا من التواتر ، ثم لم ينقل ، فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين : إما أنه ليست الولاية شرطا في صحة النكاح ، وإنما للأولياء الحسبة في ذلك ، وأما إن كان شرطا فليس من صحتها تمييز صفات الولي وأصنافهم ومراتبهم ، ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولي الأبعد مع وجود الأقرب .

● **الموضع الثاني :**

وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها ، فإنهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الإسلام والبلوغ والذكورة ، وأن سوالبها أضداد هذه أعني : الكفر والصغر والأنوثة؛ واختلفوا في ثلاثة : في العبد والفاسق والسفيه . فأما العبد فالأكثر على منع ولايته ، وجوزها أبو حنيفة ، وأما الرشد فالمشهور في

= فسقط ذكر : « ابن عمر بن أبي سلمة » .

وتابعهما جعفر بن سليمان ، عن ثابت ، قال : حدثني عمر بن أبي سلمة . أخرجه أحمد (٦ / ٣١٤) ، حدثنا عفان ، ثنا جعفر وقد رجح أبو حاتم وأبو زرعة - كما في العلل (١ /٤٠٥) - رواية من زاد فيه « ابن عمر بن أبي سلمة » .

والخلاصة أن الحديث ضعيف .

المذهب أعني : عند أكثر أصحاب مالك أن ذلك ليس من شرطها أعني : الولاية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : ذلك من شرطها ، وقد روي عن مالك مثل قول الشافعي ، وبقول الشافعي قال أشهب وأبو مصعب .

وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال ، فمن رأى أنه قد يوجب الرشد في هذه الولاية مع عدمه في المال قال : ليس من شرطه أن يكون رشيدا في المال ، ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال : لابد من الرشد في المال ، وهما قسمان كما ترى ، أعني : أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فإنما اختلفوا فيها من جهة أنها نظر للمعنى ، أعني : هذه الولاية ، فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لا يختار لها الكفاءة . وقد يمكن أن يقال : إن الحالة التي بها يختار الأولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة ، وهي خوف لحوق العار بهم ، وهذه هي موجودة بالطبع ، وتلك العدالة والأخرى مكتسبة ، ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

● **الموضع الثالث** :

وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهي نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ، ومجرد الإسلام عند مالك صفة تقتضي الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصي ، فقال مالك : يكون الوصي وليًا ، ومنع ذلك الشافعي .

وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن أن يستناب فيها ، أم ليس يمكن ذلك ؟ ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح ، لكن الجمهور على جوازها إلا أبا ثور ، ولا فرق بين الوكالة والإيصاء ؛ لأن الوصي وكيل بعد الموت ، والوكالة تنقطع بالموت . واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب ، فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب إلا الابن ، فمن كان أقرب عصبة ؛ كان أحق بالولاية ، والأبناء عنده أولى وإن سفلوا ، ثم الآباء ، ثم الإخوة للأب والأم ،

ثم للأب ثم بنو الإخوة للأب والأم ثم للأب فقط ثم الأجداد للأب وإن علوا. وقال المغيرة : الجد وأبوه أولى من الأخ وابنه ليس من أصل[1] ثم العمومة على ترتيب الإخوة ، وإن سفلوا ، ثم المولى ثم السلطان والمولى الأعلى عنده أحق من الأسفل ، والوصي عنده أولى من ولي النسب أعني : وصي الأب واختلف أصحابه فيمن هو أولى وصي الأب أو ولي النسب ؟ فقال ابن القاسم : الوصي أولى ، مثل قول مالك ، وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم : الولي أولى ، وخالف الشافعي مالكا في ولاية البنوة فلم يجزها أصلا ، وفي تقديم الإخوة على الجد فقال : لا ولاية للابن ، وروي عن مالك أن الأب أولى من الابن وهو أحسن ، وقال أيضا : الجد أولى من الأخ ، وبه قال المغيرة ، والشافعي اعتبر التعصيب ، أعني : أن الولد ليس من عصبتها لحديث عمر[2] : « لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان » ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة[3]: « أن النبي ﷺ أمر ابنها أن ينكحها إياه » ولأنهم اتفقوا : أعني مالكا والشافعي على أن الابن يرث الولاء الواجب للأم ، والولاء عندهم للعصبة .

وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الأخ ؟

ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة :

أحدها : إذا زوج الأبعد مع حضور الأقرب .

والثانية : إذا غاب الأقرب هل تنتقل الولاية إلى الأبعد ، أو إلى السلطان ؟.

والثالثة : إذا غاب الأب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أو لا تنتقل ؟.

● فأما المسألة الأولى :

فاختلف فيها قول مالك ، فمرة قال : إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب ؛

(١) هكذا بالأصل ، ولعل صوابه : لأنه ليس بأصل ، فليتأمل ، اهـ مصححه .

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) تقدم تخريجه .

فالنكاح مفسوخ ، ومرة قال : النكاح جائز ، ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ ، وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر ، والوصي في محجورته ، فإنه لا يختلف قوله إن النكاح في هذين مفسوخ ، أعني : تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب ، أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي ، وقال الشافعي : لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب .

وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي أعني : ثابتًا بالشرع في الولاية ، أم ليس بحكم شرعي ؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب ، أم ذلك حق من حقوق الله ؟ فمن لم ير الترتيب حكمًا شرعيا قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ، ومن رأى أنه حكم شرعي ، ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد ، فإن أجازه الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ ، ومن رأى أنه حق لله قال : النكاح غير منعقد ، وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني : أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد .

● وأما المسألة الثانية :

فإن مالكا يقول : إذا غاب الولى الأقرب ؛ انتقلت الولاية إلى الأبعد ، وقال الشافعي : تنتقل إلى السلطان .

وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا ؟ وذلك أنه لا خلاف عندهم في انتقالها في الموت .

● وأما المسألة الثالثة :

وهي غيبة الأب عن ابنته البكر ، فإن في المذهب فيها تفصيلًا واختلافًا ، وذلك راجع إلى بعد المكان وطول الغيبة أو قربه والجهل بمكانه أو العلم به . وحاجة البنت إلى النكاح إما لعدم النفقة ، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون ، وإما للأمرين جميعا ، فاتفق المذهب على أنه إذا كانت الغيبة بعيدة أو كان الأب

مجهول الموضع أو أسيرًا وكانت في صون وتحت نفقة أنها إن لم تدع إلى التزويج لا تزوج وإن دعت فتزوج عند الأسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا إذا كان بعيدا ؟ فقيل : تزوج وهو قول مالك ، وقيل : لا تزوج ، وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما إن عدمت النفقة ، أو كانت في غير صون ؛ فإنها تزوج أيضا في هذه الأحوال الثلاثة : أعني : في الغيبة البعيدة ، وفي الأسر ، والجهل بمكانه ، وكذلك إن اجتمع الأمران فإذا كانت في غير صونٍ تزوج ، وإن لم تدع إلى ذلك ، ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان إمكان مخاطبته ، وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال: إن ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد ؛ زوجت وإن كان الموضع قريبا ، وإذا قلنا إنه تجوز ولاية الأبعد مع حضور الأقرب ، فإن جعلت امرأة أمرها إلى وليين فزوجها كل واحد منهما ، فإنه لا يخلو أن تكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ، ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم ، فأما إذا علم المتقدم منهما ؛ فأجمعوا على أنها للأول إذا لم يدخل بها واحد منهما . واختلفوا إذا دخل الثاني ؛ فقال قوم : هي للأول ، وقال قوم : هي للثاني ، وهو قول مالك وابن القاسم ، وبالأول قال الشافعي وابن عبد الحكم ؛ وأما إن أنكحاها معا فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف .

وسبب الخلاف في اعتبار الدخول أو لا اعتباره معارضة العموم للقياس ، وذلك أنه قد روي أنه عليه الصلاة والسلام قال : « أَيُّما امْرأةٍ أَنْكَحَهَا وَلِيَّانِ فَهِيَ للأَوّل مِنْهُمَا »[1] . فعموم هذا الحديث يقتضي أنها للأول دخل بها الثاني

---

(١) أخرجه أبو داود (٢/٥٧١ رقم ٢٠٨٨) ، والترمذي (٣ /٤١٨ رقم ١١١٠) ، والنسائي (٧ /٣١٤) ، وأحمد (٥ /٨ ، ١١ ، ١٢ ، ١٨) ، والدارمي (٢ /١٣٩) ، والطيالسي (ص ١٢٢ رقم ٩٠٣) ، والحاكم (٢ /١٧٤ -١٧٥) ، والبيهقي =

أو لم يدخل ، ومن اعتبر الدخول فتشبيهًا بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما إن لم يعلم الأول فإن الجمهور على الفسخ ، وقال مالك : يفسخ ما لم يدخل أحدهما ، وقال شريح : تخير فأيهما اختارت ؛ كان هو الزوج ، وهو شاذ وقد روي عن عمر بن عبد العزيز .

● **الموضع الرابع : في عضل الأولياء .**

واتفقوا على أنه ليس للولي أن يعضل وليته إذا دعت إلى كفء وبصداق مثلها ، وأنها ترفع أمرها إلى السلطان فيزوجها ما عدا الأب ، فإنه اختلف فيه المذهب . واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك ، وهل صداق المثل منها أم لا ؟ وكذلك اتفقوا على أن للمرأة أن تمنع نفسها من إنكاح من له من الأولياء جبرها إذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالأب في ابنته البكر ، أما غير البالغ باتفاق ، والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ما تقدم ، وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك ، إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدين ، ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر ، وبالجملة من فاسق أن لها أن تمنع نفسها من النكاح ، وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما ، وكذلك إن زوجها ممن ماله حرام ، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق . واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا ؟ وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب ،

= (٧/ ١٣٩، ١٤١) من طرق عن قتادة عن الحسن عن سمرة به قال الترمذي : هذا حديث حسن .

وقال الحاكم : صحيح على شرط البخاري ، ووافقه الذهبي .

وصححه أيضاً أبو زرعة ، وأبو حاتم ، كما في التلخيص (٣/ ١٦٥) للحافظ وقال : « وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة ، فإن رجاله ثقات » .

قلت : بل صحته متوقفة على تصريح الحسن بالتحديث فإنه كان يدلس ؛ ولذا فالحديث ضعيف والله أعلم .

فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب ، وأنه احتج لذلك بقوله تعالى : ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ ﴾[1] وقال سفيان الثوري وأحمد : لا تزوج العربية من مولى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تزوج قرشية إلا من قرشي ، ولا عربية إلا من عربي .

والسبب في اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « تُنْكَحُ المرأةُ لِدِيْنِهَا وَجَمَالِها وَمَالِها وَحَسَبِهَا فاظْفَرْ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبَتْ يَمِيْنُك »[2] فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله ﷺ : « فعليك بذات الدين تربت يمينك » ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين ، وكذلك المال ، وأنه لا يخرج من ذلك إلا ما أخرجه الإجماع ، وهو كون الحسن ليس من الكفاءة ، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة ، وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ما ، ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ إنكاح الأب ابنته البكر ، أعني : إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ، ولم ير ذلك أبو حنيفة . أما الحرية فلم يختلف المذهب أنها من الكفاءة لكون السنة الثابتة لتخيير الأمة إذا عتقت[3] . وأما مهر المثل فإن مالكا

---

(١) الحجرات : (١٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٩ /١٣٢ رقم ٥٠٩٠) ، ومسلم (٢ /١٠٨٦ رقم ٥٣ / ١٤٦٦) ، وأبو داود (٢ /٥٣٩ رقم ٢٠٤٧) ، وابن ماجه (١ /٥٩٧ رقم ١٨٥٨) ، والبيهقي (٧ /٧٩ – ٨٠) ، والدارمي (٢ /١٣٣ –١٣٤) ، وأحمد (٢ /٤٢٨) من حديث أبي هريرة .
بلفظ « تنكح المرأة لأربع : لمالها ولحسبها وجمالها ودينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » وقال أكثرهم : « تنكح النساء » بدل « المرأة » إلا البخاري ومسلماً ، ولم يقل أحد منهم : « تربت يمينك » .
وفي الباب من حديث أبي سعيد الخدري ، وجابر .

(٣) أخرج مسلم (٢ /١١٤٣ رقم ٩ /١٥٠٤) ، وأبو داود (٢ /٦٧٢ رقم ٢٢٣٣) ، والترمذي (٣ /٤٦٠ رقم ١١٥٤) ، وابن ماجه (١ /٦٧٠ رقم ٢٠٧٤ و ٢٠٧٥) ، =

والشافعي يريان أنه ليس من الكفاءة ، وأن للأب أن ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعني : البكر ، وأن الثيب الرشيدة إذا رضيت به لم يكن للأولياء مقال ، وقال أبـو حنيفة : مهر المثل من الكفاءة .

وسبب اختلافهم أما في الأب فلاختلافهم هل له أن يضع من صداق ابنته البكر شيئا أم لا ؟. وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق إذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق إذ كانت لا ترتفع عنها في التصرف في النكاح ، والصداق من أسبابه ، وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها ، لكن أتى الأمر بالعكس . ويتعلق بأحكام الولاية مسألة مشهورة ، وهي هل يجوز للولي أن ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك ؟ فمنع ذلك الشافعي قياسًا على الحاكم والشاهد ، أعني : أنه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه ، وأجاز ذلك مالك ولا أعلم له حجة في ذلك ، إلا ما روي من:« أنه ﷺ تزوج أم سلمة بغير ولي »[1] لأنَّ ابنها كان صغيرًا ، وما ثبت:« أنه ﷺ أعتق صفية فجعل صداقها عتقها »[2]

= وأحمد (٦ /٤٢ ، ٢٠٩) ، والدارقطني (١ /٢٨٩ رقم ١٦٦) ، والبيهقي (٧ /٢٢١) من حديث عائشة : أن بريرة أعتقت وكان زوجها عبداً ، فخيرها رسول الله ﷺ ، ولو كان حراً لم يخيرها » .

(١) تقدم تخريجه .

(٢) أخرجه البخاري (٩ /١٢٩ رقم ٥٠٨٦) ، ومسلم (٢ /١٠٤٥ رقم ٨٥ / ١٣٦٥) ، وأبو داود (٢ /٥٤٣ رقم ٢٠٥٤) ، والترمذي (٣ /٤٢٣ رقم ١١١٥) ، والنسائي (٦ /١١٤) ، وابن ماجه (١ /٦٢٩ رقم ١٩٥٧) من حديث أنس : « أنَّ النبي ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » .

● وفي لفظ متفق عليه . أخرجه البخاري (١ /٤٨٠ رقم ٣٨١) ، ومسلم (٢ /١٠٤٤ رقم ٨٤ /١٣٦٥) : « أعتق صفية وتزوجها ، فقال له ثابت : ما أَصْدَقْتَها ؟ قال : نفسها ، أعتقها وتزوجها » .

والأصل عند الشافعي في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام أنها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته في هذا المعنى ﷺ ، ولكن تردد قوله في الإمام الأعظم .

○ الفصل الثاني ○

[في الشهادة]

واتفق أبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك : على أن الشهادة من شرط النكاح ، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا إذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان ، هل هو سر أو ليس بسر ؟ فقال مالك : هو سر ويفسخ ؛ وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ليس بسر .

وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار ؟ فمن قال حكم شرعي قال : هي شرط من شروط الصحة ؛ ومن قال توثق قال : من شروط التمام . والأصل في هذا ما روي عن ابن عباس: « لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد »[1] ولا مخالف له من الصحابة ، وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الإجماع وهو ضعيف ، وهذا الحديث قد روي مرفوعا ذكره الدارقطني ، وذكر أن في سنده مجاهيل ، وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين ؛ لأن المقصود عنده بالشهادة هو الإعلان فقط ، والشافعي يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين ، أعني : الإعلان والقبول ، ولذلك اشترط فيها العدالة ، وأما مالك فليس تتضمن عنده الإعلان إذا وصي الشاهدان بالكتمان .

وسبب اختلافهم هل ما تقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا ؟

---

(١) تقدم تخريجه .

والأصل في اشتراط الإعلان قول النبي ﷺ : « أَعْلِنُوا هَذَا النِّكَاحَ واضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالدُّفُوفِ » خرجه أبو داود[1] ، وقال عمر فيه: هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت . وقال أبو ثور ، وجماعة : ليس الشهود من شرط النكاح ، لا شرط صحة ولا شرط تمام ، وفعل ذلك الحسن بن علي ، روي عنه أنه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح .

---

(١) قلت : لم يخرجه أبو داود .

بل أخرجه الترمذي (٣ /٣٩٨ رقم ١٠٨٩) ، والبيهقي (٧ /٢٩٠) من حديث عيسى بن ميمون ، عن القاسم بن محمد ، عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه في المساجد ، واضربوا عليه بالدفوف » زاد البيهقي : « وليو لم أحدكم ولو بشاة ، فإذا خطب أحدكم امرأة وقد خضب بالسواد ، فليعلمها ولا يغرنها » .

قال الترمذي : حديث غريب حسن في هذا الباب ، وعيسى بن ميمون الأنصاري يُضعَّف في الحديث .

● وأخرجه ابن ماجه (١ /٦١١ رقم ١٨٩٥) ، والبيهقي (٧ /٢٩٠) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ /٢٦٥) من حديث خالد بن إلياس عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن القاسم بن محمد به بلفظ: « أعلنوا النكاح ، واضربوا عليه الغربال » وقال البيهقي : « أظهروا » بدل « أعلنوا » ثم قال : خالد بن إلياس ضعيف . كذا قال ، بل هو متروك الحديث كما في التقريب (١ /٢١١ رقم ١١) .

والخلاصة أن الحديث ضعيف . انظر « الضعيفة » للألباني رقم (٩٧٨) ، والإرواء رقم (١٩٩٣) .

قلت : وأما الجملة الأولى « أعلنوا النكاح » فقد ورد من حديث عبد الله بن الزبير مرفوعاً بسند حسن . أخرجه الحاكم (٢ /١٨٣) ، والبيهقي (٧ /٢٨٨) .

○ الفصل الثالث ○

[في الصداق]

والنظر في الصداق في ستة مواضع :

الموضع الأول : في حكمه وأركانه .

الموضع الثاني : في تقرر جميعه للزوجة .

الموضع الثالث : في تشطيره .

الموضع الرابع : في التفويض وحكمه .

الموضع الخامس : الأصدقة الفاسدة وحكمها .

الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق .

● **الموضع الأول** :

وهذا الموضع فيه أربع مسائل :

الأولى : في حكمه .

الثانية : في قدره .

الثالثة : في جنسه ووصفه .

الرابعة : في تأجيله .

● **المسألة الأولى** :

أما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة ، وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى : ﴿ **وآتُوا النسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً** ﴾[1] وقوله

---

(١) النساء : (٤) .

تعالى : ﴿ فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[1] .

● **المسألة الثانية :**

وأما قدره فإنهم اتفقوا على أنه ليس لأكثره حد . واختلفوا في أقله ، فقال الشافعي ، وأحمد ، وإسحاق وأبو ثور ، وفقهاء المدينة من التابعين : ليس لأقله حد ، وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشيء ، جاز أن يكون صداقا ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك ، وقال طائفة بوجوب تحديد أقله ، وهؤلاء اختلفوا ، فالمشهور في ذلك مذهبان :

أحدهما : مذهب مالك وأصحابه .

والثاني : مذهب أبي حنيفة وأصحابه .

فأما مالك فقال : أقله ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة ، أو ما ساوى الدراهم الثلاثة ، أعني : دراهم الكيل فقط في المشهور ، **وقيل : أو ما يساوي أحدهما ؛ وقال أبو حنيفة : عشرة دراهم أقله ، وقيل : خمسة** دراهم ؛ وقيل : أربعون درهما .

وسبب اختلافهم في التقدير سببان :

أحدهما : تردده بين أن يكون عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل كان أو بالكثير ، كالحال في البيوعات ، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا ، وذلك أنه من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة .

والسبب الثاني : معارضة هذا القياس ، فالمقتضى التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد . أما القياس الذي يقتضي التحديد فهو كما قلنا إنه عبادة ،

---

(١) النساء : (٢٥) .

والعبادات مؤقتة . وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد ، فحديث سهل ابن سعد الساعدي[1] المتفق على صحته ، وفيه : « أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله ، إني قد وهبت نفسي لك ، فقامت قيامًا طويلا ، فقام رجل فقال : يا رسول الله ، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله ﷺ : هَلْ مَعَكَ مِنْ شَيْءٍ تَصْدُقُهَا إِيَّاهُ ؟ فقال : ما عندي إلا إزاري ، فقال رسول الله ﷺ : إِنْ أَعْطَيْتَهَا إِيَّاه جَلَسْتَ لَا إِزَارَ لَكَ فَالْتَمِسْ شَيْئًا ، فقال : لا أجد شيئا ، فقال ﷺ : الْتَمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيْدٍ ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال رسول الله ﷺ : هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ ؟ قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا - لسور سماها - فقال رسول الله ﷺ : قَدْ أَنْكَحْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » قالوا : فقوله ﷺ : « التمس ولو خاتما من حديد » دليل على أنه لا قدر لأقله ؛ لأنه لو كان له قدر لبينه إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وهذا الاستدلال بين كما ترى ، مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته ، وذلك أنه انبنى على مقدمتين :

إحداهما : أن الصداق عبادة .

والثانية : أن العبادة مؤقتة .

وفي كليهما نزاع للخصم ، وذلك أنه قد يلفى في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة ، بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم . وأيضا فإنه ليس فيه شبه العبادات خالصا ، وإنما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الأثر

---

(١) أخرجه البخاري (٩/ ١٩٠ رقم ٥١٣٥) ، ومسلم (٢/ ١٠٤١ رقم ٧٦/ ١٤٢٥) ، وأحمد (٥/ ٣٣٠ ، ٣٣٦) ، ومالك (٢/ ٥٢٦ رقم ٨) ، والدارمي (٢/ ١٤٢) ، وأبو داود (٢/ ٥٨٦ رقم ٢١١١) ، والترمذي (٣/ ٤٢١ رقم ١١١٤) ، والنسائي (٦/ ١٢٣) ، وابن ماجه (١/ ٦٠٨ رقم ١٨٨٩) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧١٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣/ ١٦) ، والدارقطني (٣/ ٢٤٧ رقم ٢١) ، والبيهقي (٧/ ٢٣٦) وله عندهم ألفاظ .

لاحتمال أن يكون ذلك الأثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه : « قد أنكحتكها بما معك من القرآن » وهذا خلاف للأصول ، وإن كان قد جاء في بعض رواياته أنه قال : « **قم فعلمها** »[1] **لما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فجاء نكاحا** بإجارة ، لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدرِ الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما ، وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا : عضو مستباح بمال ، فوجب أن يكون مقدرا أصله القطع ، وضعف هذا القياس ، هو من قبل الاستباحة فيهما هي مقولة باشتراك الاسم ، وذلك أن القطع غير الوطء ، وأيضا فإن القطع استباحة على جهة العقوبة والأذى ونقص خلقه . وهذا استباحة على جهة اللذة والمودة ، ومن شأنه قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والأصل شيئا واحدًا لا باللفظ بل بالمعنى ، وأن يكون الحكم إنما وجد للأصل من جهة الشبه ، وهذا كله معدوم في هذا القياس ، ومع هذا فإنه من الشبه الذى لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين ، لكن لم يستعملوا هذا القياس في إثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث إذ هو في غاية الضعف ، وإنما استعملوه في تعيين قدر التحديد . وأما القياس الذي استعملوه في معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من

---

(١) أخرج أبو داود (٢ /٥٨٨ رقم ٢١١٢) ، وابن عدي في الكامل (٥ /٢٠١٢) ، والبيهقي (٧ /٢٤٢) .

من حديث : عسل بن سفيان ، عن عطاء بن أبي رباح ، عن أبي هريرة بالقصة وفيه فقال : « ما تحفظ من القرآن » ؟ قال : سورة البقرة والتي تليها ، قال : « قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك » وعسل هذا ضعيف . وهو حديث ضعيف .

● وعند الإمام مسلم (٢ /١٠٤١ رقم ٧٧ /١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد السابق من رواية : زايدة عن أبي حازم عن سهل « انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن » .

● وعند البيهقي (٧ /٢٤٢) من هذا الوجه « فقد زوجتكها بما تعلمها من القرآن » .

هذا ، ويشهد لعدم التحديد ما خرجه الترمذي[1]: «أن امرأة تزوجت على نعلين ، فقال لها رسول الله ﷺ : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ فقالت : نعم ، فجوز نكاحها » وقال : هو حديث حسن صحيح . ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في نصاب السرقة ، فقال مالك : هو ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم ؛ لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة : هو عشرة دراهم ؛ لأنه النصاب في السرقة عنده ، وقال ابن شبرمة : هو خمسة دراهم ؛ لأنه النصاب عنده أيضا في السرقة ، وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محددا بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر[2]

(١) في السنن (٣ /٤٢٠ رقم ١١١٣) وقال : حديث حسن صحيح .
قلت : وأخرجه ابن ماجه (١ /٦٠٨ رقم ١٨٨٨) ، وأحمد (٣ /٤٤٥) ، والطيالسي (صـ ١٥٦ رقم ١١٤٣) ، والبيهقي (٧ /٢٣٩) من حديث عامر بن ربيعة وفيه : عاصم بن عبيد الله ضعيف كما في التقريب (١ /٣٨٤ رقم ١٥) ، وقد أنكر الحديث على عاصم جماعة من الأئمة منهم : أبو حاتم الرازي ، فقال ابنه في « العلل » (١ /٤٢٤ رقم ١٢٧٦) : « سألت أبي عن عاصم بن عبيد الله ، فقال : منكر الحديث . يقال إنه : ليس له حديث يعتمد عليه . قلت : ما أنكروا عليه ، قال : روى عن عبيد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه أن رجلاً تزوج امرأة على نعلين فأجازه النبي ﷺ وهو منكر » .
والخلاصة أن الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في الإرواء رقم (١٩٢٦) .

(٢) وهو حديث باطل .
● أخرجه الدارقطني (٣ /٢٤٤ -٢٤٥ رقم ١١) ، والبيهقي (٧ /٢٤٠) من طريق أبي المغيرة عبد القدوس بن الحجاج ، عن مبشر بن عبيد ، عن الحجاج بن أرطاة ، عن عطاء وعمرو بن دينار ، عن جابر به . وقال الدارقطني : مبشر بن عبيد متروك الحديث ، أحاديثه لا يتابع عليها . وقال البيهقي : والحجاج بن أرطاة لا يحتج به ، ولم يأت به عن الحجاج غير مبشر بن عبيد الحلبي . وقد أجمعوا على تركه ، وكان أحمد بن حنبل رحمه الله يرميه بوضع الحديث .
● وأخرجه أبو يعلى في مسنده (٤ /٧٢ رقم ٣٢٩ /٢٠٩٤) ، والدارقطني (٣ /٢٤٥ رقم ١٢) ، والبيهقي (٧ /١٣٣) من طريق بقية بن الوليد بهذا الإسناد .

عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال : « لَا مَهْرَ بِأَقَلَّ مِنْ عَشْرَةِ دَرَاهِمَ » ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف ؛ لأنه كان يجب لموضع هذا الحديث أن يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص ، لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فإنه يرويه ، قالوا : مبشر بن عبيد عن الحجاج بن أرطأة عن عطاء عن جابر ، ومبشر والحجاج ضعيفان ، وعطاء أيضا لم يلق جابرا ، ولذلك لا يمكن أن يقال : إن هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

● **المسألة الثالثة :**

أما جنسه فكل ما جاز أن يتملك وأن يكون عوضًا . واختلفوا من ذلك في مكانين : في النكاح بالإجارة ، وفي جعل عتق أمته صداقها أما النكاح على الإجارة ففي المذهب فيه ثلاثة أقوال : قول بالإجازة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة ، والمشهور عن مالك الكراهة ، ولذلك رأى فسخه قبل الدخول ، وأجازه من أصحابه أصبغ وسحنون ، وهو قول الشافعي ، ومنعه ابن القاسم ، وأبو حنيفة ، إلا في العبد فإن أبا حنيفة أجازه .

وسبب اختلافهم سببان :

أحدهما : هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه ، أم الأمر بالعكس ؟ فمن قال : هو لازم أجازه لقوله تعالى : ﴿ **إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ** ﴾[1] الآية ، ومن قال : ليس بلازم قال : لا يجوز النكاح بالإجارة .

والسبب الثاني : هل يجوز أن يقاس النكاح في ذلك على الإجارة ؟ وذلك أن الإجارة هي مستثناة من بيوع الغرر المجهول ، ولذلك خالف فيها الأصم وابن علية ، وذلك أن أصل التعامل إنما هو على عين معروفة ثابتة في عين معروفة ثابتة ،

---

(١) القصص : (٢٧) .

والإجارة هي عين ثابتة في مقابلتها حركات وأفعال غير ثابتة ولا مقدرة بنفسها . ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الأجرة على المستأجر ، وأما كون العتق صداقًا ، فإنه منعه فقهاء الأمصار ما عدا داود ، وأحمد .

وسبب اختلافهم معارضة الأثر الوارد في ذلك للأصول ، أعني : ما ثبت من « أنه ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها »[1] مع احتمال أن يكون هذا خاصًا به ﷺ لكثرة اختصاصه في هذا الباب ، ووجه مفارقته للأصول أن العتق إزالة ملك ، والإزالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر ؛ لأنها إذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ؟ ولذلك قال الشافعي : إنها إن كرهت زواجه غرمت له قيمتها ؛ لأنه رأى أنها قد أتلفت عليه قيمتها إذ كان إنما أتلفها بشرط الاستمتاع بها ، وهذا كله لا يعارض به فعله ﷺ ، ولو كان غير جائز لغيره لبينه ﷺ . والأصل أن أفعاله لازمة لنا ، إلا ما قام الدليل على خصوصيته .

وأما صفة الصداق فإنهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العوض المعين الموصوف ، أعني : المنضبط جنسه وقدره بالوصف ، واختلفوا في العوض الغير الموصوف ولا معين ، مثل أن يقول: أنكحتكها على عبد أو خادم ، من غير أن يصف ذلك وصفا يضبط قيمته ، فقال مالك ، وأبو حنيفة : يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وإذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى ، وقال أبو حنيفة : يجبر على القيمة .

وسبب اختلافهم هل يجري النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاحِّ ، أو ليس يبلغ ذلك المبلغ ، بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة ؟ فمن قال : يجري في التشاح مجرى البيع ؛ قال : كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ، ومن قال : ليس يجري مجراه إذ المقصود منه

---

(١) تقدم تخريجه .

إنما هو المكارمة ؛ قال يجوز . وأما التأجيل فإن قوما لم يجيزوه أصلًا ، وقوم أجازوه ، واستحبوا أن يقدم شيئا منه إذا أراد الدخول ، وهو مذهب مالك ، والذين أجازوا التأجيل منهم من لم يجزه إلا لزمن محدود وقدر هذا البعد ، وهو مذهب مالك ، ومنهم من أجازه لموت أو فراق ، وهو مذهب الأوزاعي .

وسبب اختلافهم : هل يشبه النكاح البيع في التأجيل أو لا يشبهه ؟ فمن قال يشبهه ؛ لم يجز التأجيل لموت أو فراق ، ومن قال : لا يشبهه ؛ أجاز ذلك ، ومن منع التأجيل فلكونه عبادة .

● **الموضع الثاني : في النظر في التقرر :**

واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول أو الموت . أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى : ﴿ **وإن أردتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا** ﴾[1] الآية . وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا ، إلا انعقاد الإجماع على ذلك . واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس ، أم ليس ذلك من شرطه ، بل يجب بالدخول والخلوة ، وهو الذي يعنون بإرخاء الستور ؟ فقال مالك ، والشافعي ، وداود : لا يجب بإرخاء الستور إلا نصف المهر ، ما لم يكن المسيس ، وقال أبو حنيفة : يجب المهر بالخلوة نفسها ، إلا أن يكون محرما ، أو مريضا ، أو صائما في رمضان ، أو كانت المرأة حائضا : وقال ابن أبي ليلى : يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئا .

وسبب اختلافهم في ذلك : معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب ، وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة أنه ليس يجوز أن يؤخذ من صداقها شيء في قوله تعالى : ﴿ **وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إلَى**

---

(١) النساء : (٢٠) .

بَعْض ﴾[1] ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق ، فقال تعالى : ﴿ وَإِنْ طلقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فرضتُمْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾[2] وهذا نص كما ترى في حكم كل واحدة من هاتين الحالتين ؛ أعني : قبل المسيس ، وبعد المسيس ولا وسط بينهما ، فوجب بهذا إيجابا ظاهرا أن الصداق لا يجب إلا بالمسيس ، والمسيس هاهنا الظاهر من أمره أنه الجماع ، وقد يحتمل أن يحمل على أصله في اللغة وهو المس ، ولعل هذا هو الذي تأولت الصحابة ، ولذلك قال مالك في العنين المؤجل : إنه قد وجب لها الصداق عليه إذا وقع الطلاق لطول مقامه معها ، فجعل له دون الجماع تأثيرا في إيجاب الصداق . وأما الأحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو : أن من أغلق بابًا ، أو أرخى سترًا فقد وجب عليه الصداق لم يُختلف عليهم في ذلك فيما حكموا .
واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا اختلفا في المسيس ؛ أعني : القائلين باشتراط المسيس ، وذلك مثل أن تدعي هي المسيس وينكر هو ، فالمشهور عن مالك أن القول قولها ، وقيل : إن كان دخول بناء صُدِّقت ، وإن كان دخول زيارة لم تصدق ، وقيل : إن كانت بكرًا نظر إليها النساء ، فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال ، وقال الشافعي ، وأهل الظاهر : القول قوله ، وذلك لأنه مدعى عليه ، ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه ، بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الأكثر ، ولذلك يجعل القول في مواضع كثيرة قول المدعي إذا كان أقوى شبهة . وهذا الخلاف يرجع إلى : هل إيجاب اليمن على المدعى عليه معلل أو غير معلل ، وكذلك القول في وجوب البينة على المدعي ، وسيأتي هذا في مكانه .

(١) النساء : (٢١) .
(٢) البقرة : (٢٣٧) .

● **الموضع الثالث : في التشطير :**

واتفقوا اتفاقا مجملًا أنه إذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا أنه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى : ﴿ **فنصف ما فرضتم** ﴾[1] الآية . والنظر في التشطير في أصول ثلاثة : في محله من الأنكحة ، وفي موجبه من أنواع الطلاق ؛ أعني : الواقع قبل الدخول ، وفي حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق . أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح ؛ أعني : أن يكون يقع الطلاق الذي قبل الدخول في النكاح الصحيح . وأما النكاح الفاسد ، فإن لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففي ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذي يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها ، مثل الطلاق الذي يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه . واختلفوا من هذا الباب في الذي يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ، ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التي ليست طلاقا ، فلا خلاف أنها ليست توجب التشطير إذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق ، وبالجملة من قبل عدم موجبات الصحة ، وليس لها في ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع ، فإن لم يكن لأحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه ؛ لم يوجب التشطير وإن كان له فيه اختيار مثل الردة ؛ أوجب التشطير . والذي يقتضيه مذهب أهل الظاهر أن كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه ، وأن ما كان فسخا و لم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه .

وسبب الخلاف : هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة ، فمن قال : إنها معقولة المعنى وأنه إنما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال في المشتري ، فلما فارق النكاح في هذا

---

(١) البقرة : (٢٣٧) .

المعنى البيع جعل لها هذا عوضًا من ذلك الحق قال : إذا كان الطلاق من سببها ؛ لم يكن لها شيء ؛ لأنها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ، ومن قال : إنها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ ؛ قال : يلزم التشطير في كل طلاق كان من سببه أو سببها .

فأما حكم ما يعرض للصداق من التغييرات قبل الطلاق فإن ذلك لا يخلو أن يكون من قبلها أو من الله ، فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه : إما أن يكون تلفا للكل ، وإما إن يكون نقصًا ، وإما إن يكون زيادة ، وإما أن يكون زيادة ونقصًا معا . وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة ، أو يكون تصرفها فيه في منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به إلى زوجها ، فعند مالك أنهما في التلف وفي الزيادة وفي النقصان شريكان ، وعند الشافعي أنه يرجع في النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة .

وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكًا مستقرًا أو لا تملكه ؟ فمن قال : إنها لا تملكه ملكًا مستقرًا قال : هما فيه شريكان مالم تتعدّ فتدخله في منافعها ، ومن قال : تملكه ملكًا مستقرًا ، والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك ؛ أوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ، ولم يختلفوا أنها إذا صرفته في منافعها ضامنة للنصف ، واختلفوا إذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذي هو الثمن ؟ فقال مالك : يرجع عليها بنصف ما اشترته ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : يرجع عليها بنصف الثمن الذي هو الصداق . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور متعلق بالسماع وهو : هل للأب أن يعفو عن نصف الصداق في ابنته البكر ؟ - أعني : إذا طلقت قبل الدخول - وللسيد في أمته ؟ فقال مالك : ذلك له . وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس ذلك

له . وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذي في قوله تعالى: ﴿ **إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ** ﴾[1] وذلك في لفظة « يعفو » فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى يسقط ، ومرة بمعنى يهب ، وفي قوله : ﴿ **الذي بيده عقدة النكاح** ﴾[1] على من يعود هذا الضمير ، هل على الولي أو على الزوج ؟ فمن قال : على الزوج ؛ جعل « يعفو » بمعنى يهب ، ومن قال : على الولي ؛ جعل « يعفو » بمعنى يسقط ، وشذ قوم فقالوا : لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ، ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء ، لكن من جعله الزوج ؛ فلم يوجب حكمًا زائدًا في الآية ، أي شرعًا زائدًا ؛ لأن جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع . ومن جعله الولي ، إما الأب وإما غيره فقد زاد شرعًا ، فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر ، والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها ، وشذ قوم فقالوا : يجوز أن تهب ، مصيرًا لعموم قوله تعالى : ﴿ **إلا أن يعفون** ﴾[1] . واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول ، فقال مالك : ليس يرجع عليها بشيء ، وقال الشافعي : يرجع عليها بنصف الصداق .

وسبب الخلاف : هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق ، أو في ذمة المرأة ؟ فمن قال : في عين الصداق ؛ قال : لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض الصداق كله ، ومن قال : هو في ذمة المرأة ؛ قال : يرجع ، وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها . وفرق أبو حنيفة في هذه المسألة بين القبض ولا قبض ، فقال : إن قبضت فله النصف ، وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء . كأنه رأى أن الحق في العين ما لم تقبض ، فإذا قبضت صار في الذمة .

---

(١) البقرة : (٢٣٧) .

● **الموضع الرابع : في التفويض :**

وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز ، وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى : ﴿ **لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً** ﴾[1] . واختلفوا من ذلك في موضعين :

أحدهما : إذا طلبت الزوجة فرض الصداق واختلفا في القدر .

الموضع الثاني : إذا مات الزوج ولم يفرض ، هل لها صداق أم لا ؟.

● **فأما المسألة الأولى :**

وهي إذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهرًا ، فقالت طائفة : يفرض لها مهر مثلها ، وليس للزوج في ذلك خيار ، فإن طلق بعد الحكم ، فمن هؤلاء من قال : لها نصف الصداق ، ومنهم من قال : ليس لها شيء ؛ لأن أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك وأصحابه : الزوج بين خيارات ثلاث : إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض ما تطلبه المرأة به ، وإما أن يفرض صداق المثل ويلزمها .

وسبب اختلافهم ، أعني : بين من يوجب مهر المثل من غير خيار للزوج إذا طلق بعد طلبها الفرض ، ومن لا يوجب : اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة** ﴾[1] **هل هذا محمول على العموم في سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم** في فرض الصداق ، أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك ، وأيضًا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر في كل حال ، أو لا يفهم ذلك ؟ فيه احتمال وإن كان الأظهر سقوطه في كل حال ؛ لقوله تعالى : ﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ** ﴾[1] ولا خلاف أعلمه في أنه إذا طلق ابتداء

(١) البقرة : (٢٣٦) .

أنه ليس عليه شيء ، وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق ، إذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض ؛ أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل ؛ لأن الآية لم تتعرض بمفهومها لإسقاط الصداق في نكاح التفويض ، وإنما تعرضت لإباحة الطلاق قبل الفرض ، فإن كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل إذا طلب ؛ فواجب أن يتشطر إذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ، ولهذا قال مالك : أنه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

● **وأما المسألة الثانية :**

وهي إذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها ، فإن مالكا وأصحابه ، والأوزاعي قالوا : ليس لها صداق ولها المتعة والميراث . وقال أبو حنيفة : لها صداق المثل والميراث ، وبه قال أحمد ، وداود ، وعن الشافعي القولان جميعا ، إلا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك .

وسبب اختلافهم : معارضة القياس للأثر . أما الأثر فهو ما روي عن ابن مسعود أنه سئل عن هذه المسألة فقال : أقول فيها برأيي ، فإن كان صوابًا فمن الله وإن كان خطأ فمني : أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعي فقال : أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بَرْوَعَ بنت واشق ، خرجه أبو داود[1] والنسائي[2] والترمذي[3] وصححه . وأما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق

---

(١) في السنن (٢ /٥٨٩ رقم ٢١١٦) .

(٢) في السنن (٦ /١٢١، ١٢٢) .

(٣) في السنن (٣ /٤٥٠ رقم ١١٤٥) وقال : حديث حسن صحيح .

قلت : وأخرجه أحمد (٤ /٢٧٩، ٢٨٠) ، وابن ماجه (١ /٦٠٩ رقم ١٨٩١) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧١٨) ، والحاكم (٢ /١٨٠) ، والبيهقي (٧ /٢٤٥) ، =

عوض ، فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسًا على البيع . وقال المزني عن الشافعي في هذه المسألة : إن ثبت حديث بروع فلا حجة في قول أحد مع السنة ، والذي قاله هو الصواب . والله أعلم .

● الموضع الخامس : في الأصدقة الفاسدة :

والصداق يفسد إما لعينه وإما لصفة فيه من جهل أو عذر ، فالذي يفسد لعينه ، فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يتملك ، والذي يفسد من قبل العذر والجهل فالأصل فيه بالبيوع ، وفي ذلك خمس مسائل مشهورة :

● المسألة الأولى :

إذا كان الصداق خمرًا أو خنزيرًا أو ثمرة لم يبد صلاحها أو بعيرًا شاردًا ، فقال أبو حنيفة : العقد صحيح إذا وقع فيه مهر المثل ، وعن مالك في ذلك روايتان :

إحداهما : فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده ، وهو قول أبي عبيد .

والثانية : إنه إن دخل ثبت ولها صداق المثل .

وسبب اختلافهم : هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك ؟ فمن قال : حكمه حكم البيع ؛ قال : يفسد النكاح بفساد الصداق ، كما يفسد البيع بفساد الثمن ، ومن قال : ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق

= وابن حبان (صـ ٣٠٨ رقم ١٢٦٣) ، وسعيد بن منصور في السنن (رقم ٩٢٩) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٦ /٢٩٤ رقم ١٠٨٩٨) وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وصححه الحاكم ، ووافقه الذهبي . وقال الشافعي رحمه الله : لم أحفظ بعد من وجه يثبت مثله . قال الحاكم : « سمعت شيخنا أبا عبد الله يقول : لو حضرت الشافعي لقمت على رؤوس الناس ، وقلت : قد صح الحديث ، فقل به » .

فالحديث صحيح . والله أعلم .

بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا في صحة العقد ؛ قال : يمضي النكاح ويصحح بصداق المثل ، والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف ، والذي تقتضيه أصول مالك : أن يفرق بين الصداق المحرم العين ، وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ، ولست أذكر الآن فيه نصا .

● **المسألة الثانية :**

واختلفوا إذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع إليه عبدًا ويدفع ألف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ، ولا يسمى الثمن من الصداق ، فمنعه مالك وابن القاسم ، وبه قال أبو ثور ، وأجازه أشهب ، وهو قول أبي حنيفة ، وفرق عبد الله فقال : إن كان الباقي بعد البيع ربع دينار فصاعدًا بأمر لا يشك فيه ؛ جاز . واختلف فيه قول الشافعي ، فمرة قال : ذلك جائز ، ومرة قال : فيه مهر المثل .

وسبب اختلافهم : هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه ؟ فمن شبهه في ذلك بالبيع ؛ منعه ، ومن جوز في النكاح من الجهل ما لا يجوز في البيع قال ؛ يجوز .

● **المسألة الثالثة :**

واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حباء يحابي به الأب ، على ثلاثة أقوال : فقال أبو حنيفة وأصحابه : الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعي : المهر فاسد ولها صداق المثل ؛ وقال مالك : إذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته ، وإن كان بعد النكاح فهو له .

وسبب اختلافهم : تشبيه النكاح في ذلك بالبيع ، فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء ؛ قال : لا يجوز النكاح كما لا يجوز البيع ، ومن جعل النكاح في ذلك مخالفا للبيع ؛ قال : يجوز . وأما تفريق مالك ؛ فلأنه اتهمه

إذا كان الشرط في عقد النكاح أن يكون ذلك الذي اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ، ولم يتهمه إذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق ، وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز ، والثوري ، وأبي عبيد . وخرج أبو داود[1] والنسائي[2] وعبد الرزاق[3] عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « أَيّمَا امْرأةٍ نكحَتْ عَلى حباءٍ قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكاحِ فَهُوَ لهَا ، وَما كانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكاحِ فَهُو لمنْ أُعْطِيهُ ، وأَحَقُّ ما أُكْرِمَ الرَّجُلُ عَلَيْهِ ابْنَتهُ وأُخْتُهُ » وحديث عمرو بن شعيب مختلف فيه ، من قبل أنه صحفه ، ولكنه نص في قول مالك . وقال أبو عمر بن عبد البر : إذا روته الثقات ؛ وجب العمل به .

● **المسألة الرابعة :**

واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب ، فقال الجمهور : النكاح ثابت . واختلفوا هل ترجع بالقيمة أو بالمثل أو بمهر المثل ؟ واختلف في ذلك قول الشافعي ، فقال مرة: بالقيمة ، وقال مرة: بمهر المثل ، وكذلك اختلف المذهب في ذلك ، فقيل : ترجع بالقيمة ، وقيل : ترجع بالمثل . قال أبو الحسن اللخمي : ولو قيل : ترجع بالأقل من القيمة أو صداق المثل ؛ لكان ذلك وجها .

---

(١) في السنن (٢ /٥٩٧ رقم ٢١٢٩) .

(٢) في السنن (٦ /١٢٠) .

(٣) في المصنف (٦ /٢٥٧ رقم ١٠٧٣٩) .

قلت : وأخرجه أحمد (٢ /١٨٢) ، وابن ماجه (١ /٦٢٨ رقم ١٩٥٥) ، والبيهقي (٧ /٢٤٨) .

قلت : في إسناده ابن جريج مدلس وقد عنعنه .

وقد تابعه مدلس آخر وهو الحجاج بن أرطاة فقال : عن عمرو بن شعيب به ولفظه : « ما استُحِل به فرجُ المرأةِ من مَهرٍ أو عِدة ، فهو لها ، وما أُكرِمَ به أبوها أو أخوها أو وليها بعد عقدة النكاح ، فهو له ، وأحق ما أكرم الرجل به ابنته أو أختُه » . أخرجه البيهقي (٧ /٢٤٨) فالحديث ضعيف . والله أعلم .

وشذ سحنون فقال : النكاح فاسد . ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أو لا يشبهه ؟ فمن شبهه ؛ قال : ينفسخ ، ومن لم يشبهه ؛ قال : لا ينفسخ .

● **المسألة الخامسة :**

واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على أن الصداق ألف ، إن لم يكن له زوجة ، وإن كانت له زوجة فالصداق ألفان ، فقال الجمهور : بجوازه . واختلفوا في الواجب في ذلك ، فقال قوم : الشرط جائز ، ولها من الصداق بحسب ما اشترط ، وقالت طائفة : لها مهر المثل ، وهو قول الشافعي ، وبه قال أبو ثور ، إلا أنه قال : إن طلقها قبل الدخول لم يكن لها إلا المتعة ؛ وقال أبو حنيفة : إن كانت له امرأة فلها ألف درهم ، وإن لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها مالم يكن أكثر من الألفين أو أقل من الألف ، ويتخرج في هذا قول : إن النكاح مفسوخ لمكان الغرر ، ولست أذكر الآن نصًا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة ... واختلفوا فيما يعتبر به مهر المثل إذا قضي به في هذه المواضع وما أشبهها ، فقال مالك : يعتبر في جمالها ونصابها[1] ومالها ، وقال الشافعي : يعتبر بنساء عصبتها فقط ، وقال أبو حنيفة : يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ، ومبنى الخلاف : هل المماثلة في المنصب فقط ، أو في المنصب والمال والجمال ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها »[2] الحديث .

● **الموضع السادس : في اختلاف الزوجين في الصداق :**

واختلافهم لا يخلو أن يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أو في الوقت ؛ أعني : وقت الوجوب ، فأما إذا اختلفا في القدر فقالت المرأة – مثلا –:

---

(١) قوله ونصابها : هكذا في النسخ ولعله منصبها فتأمل . اهـ . مصححه .

(٢) تقدم تخريجه

بمائتين وقال الزوج : بمائة ، فإن الفقهاء اختلفوا في ذلك اختلافًا كثيرا ، فقال **مالك : إنه إن كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه** ، والمرأة بما يشبه أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر ؛ كان القول قول الحالف ، وإن نكلا جميعًا ؛ كان بمنزلة ما إذا حلفا جميعًا ، ومن أتى بما يشبه منهما ؛ كان القول قوله ، وإن كان الاختلاف بعد الدخول ؛ فالقول قول الزوج ؛ وقالت طائفة : القول قول الزوج مع يمينه ، وبه قال أبو ثور ، وابن أبي ليلى ، وابن شبرمة ، وجماعة ، وقالت طائفة : القول قول الزوجة إلى مهر مثلها ، وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ، وقالت طائفة : إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل ، ولم تر الفسخ كمالك ، وهو مذهب الشافعي ، والثوري ، وجماعة ، وقد قيل : إنها ترد إلى صَداق المثل دون يمين ، ما لم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو ، واختلافهم : مبني على اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « الْبَيِّنَةُ عَلَى مَن ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَن أَنْكَرَ »[1] هل ذلك معلل أو غير معلل ؟ فمن قال : معلل ؛ قال : يحلف - أبدًا - أقواهما شبهة ، فإن استويا تحالفا وتفاسخا ، ومن قال : غير معلل ؛ قال : يحلف الزوج ؛ لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعي عليه قدرا زائدًا ، فهو مدعى عليه ، وقيل أيضا : يتحالفان أبدًا ؛ لأن كل واحد منهما مدعى عليه ، وذلك عند من لم يراع الأشباه ، والخلاف في ذلك في المذهب . ومن قال : القول قولها إلى مهر المثل ،

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠ /٢٥٢) من حديث ابن عباس بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر » .
وأخرجه البخاري (٨ /٢١٣ رقم ٤٥٥٢) ، ومسلم (٣ /١٣٣٦ رقم ١٧١١) ، وأبو داود (٤ / ٤٠ رقم ٣٦١٩) ، والترمذي (٣ /٦٢٦ رقم ١٣٤٢) ، والنسائي (٨ /٢٤٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٧٨ رقم ٢٣٢١) .
بلفظ « واليمين على المدعى عليه » وسيأتي .

والقول قوله فيما زاد على مهر المثل ؛ رأى أنهما لا يستويان أبدًا في الدعوى ، بل يكون أحدهما – ولابد – أقوى شبهة ، وذلك أنه لا يخلو دعواها من أن يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه ؛ فيكون القول قولها ، أو يكون فيما فوق ذلك ؛ فيكون القول قوله .

وسبب اختلاف مالك ، والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع إلى صداق المثل : هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه ؟ فمن قال : يشبه به ؛ قال : بالتفاسخ ، ومن قال : لا يشبه ؛ لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد ؛ قال : بصداق المثل بعد التحالف ، وكذلك من زعم من أصحاب مالك أنه لا يجوز لهما بعد التحالف أن يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما إلى قول الآخر ويرضى به ، فهو في غاية الضعف ، ومن ذهب إلى هذا فإنما يشبه باللعان ، وهو تشبيه ضعيف ، مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما إذا اختلفا في القبض ، فقالت الزوجة : لم أقبض ، وقال الزوج : قد قبضت ، فقال الجمهور : القول قول المرأة ، الشافعي ، والثوري ، وأحمد ، وأبو ثور ، وقال مالك : القول قولها قبل الدخول ، والقول قوله بعد الدخول ، وقال بعض أصحابه : إنما قال ذلك مالك ؛ لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ، فإن كان بلد ليس فيه هذا العرف ؛ كان القول قولها أبدا ، والقول بأن القول قولها أبدًا ، أحسن ؛ لأنها مدعى عليها ، ولكن مالك راعى قوة الشبهة التي له إذا دخل بها الزوج ، واختلف أصحاب مالك إذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين أحسن . وأما إذا اختلف في جنس الصداق فقال هو مثلًا : زوّجتك على هذا العبد ، وقالت هي : زوجتك على هذا الثوب ، فالمشهور في المذهب أنهما يتحالفان ويتفاسخان ، إن كان الاختلاف قبل البناء ، وإن كان بعد البناء ؛ ثبت وكان لها صداق مثل ، ما لم يكن أكثر مما ادعت أو أقل مما اعترف به ، وقال ابن القصار : يتحالفان قبل

الدخول ، والقول قول الزوج بعد الدخول ، وقال أصبغ : القول قول الزوج إن كان يشبه سواء أشبه قولهما أو لم يشبه ، فإن لم يشبه قول الزوج ، فإن كان قولها مشبهًا كان القول قولها ، وإن لم يكن قولها مشبهًا تحالفا وكان لها صداق المثل ، وقول الشافعي في هذه المسألة مثل قوله عند اختلافها في القدر ؛ أعني : يتحالفان ويتراجعان إلى مهر المثل . وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف أصله في كتاب البيوع إن شاء الله .

وأما اختلافهم في الوقت فإنه يتصور في الكالىء ، والذي يجيء على أصل قول مالك فيه في المشهور عنه أن القول في الأجل قول الغارم قياسًا على البيع وفيه خلاف ، ويتصور أيضًا متى يجب هل قبل الدخول أو بعده ؟ فمن شبه النكاح بالبيوع ؛ قال : لا يجب إلا بعد الدخول قياسًا على البيع إذ لا يجب الثمن على المشتري إلا بعد قبض السلعة ، ومن رأى أن الصداق عبادة يشترط في الحلية ؛ قال : يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك أن يقدم الزوج قبل الدخول شيئًا من الصداق .

○ الركن الثالث ○

[في معرفة محل العقد]

وكل امرأة فإنها تحل في الشرع بوجهين : إما بنكاح ، أو بملك يمين . والموانع الشرعية بالجملة تنقسم أولا إلى قسمين : موانع مؤبدة ، وموانع غير مؤبدة . والموانع المؤبدة تنقسم إلى متفق عليها ، ومختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاثة : نسب ، وصهر ، ورضاع . والمختلف فيها الزنا ، واللعان . وغير المؤبدة تنقسم إلى تسعة : أحدها : مانع العدد . والثاني : مانع الجمع . والثالث : مانع الرق . والرابع : مانع الكفر . والخامس : مانع الإحرام . والسادس : مانع المرض . والسابع : مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده . والثامن : مانع التطليق ثلاثًا للمطلق . والتاسع : مانع الزوجية . فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ، ففي هذا الباب أربعة عشر فصلًا .

○ الفصل الأول ○

[في مانع النسب]

واتفقوا على أن النساء اللائي يحرمن من قبل النسب : السبع المذكورات في القرآن : الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت واتفقوا على أن الأم هاهنا : اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب ، والبنت : اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة ، وأما الأخت : فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما ، أعني : الأب أو الأم أو كليهما ، والعمة : اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك ، أو لكل ذكر له عليك ولادة ، وأما الخالة : فهي اسم لأخت أمك أو أخت كل أنثى لها عليك ولادة ، وبنات الأخ : اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة ، وبنات الأخت : اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها . فهؤلاء الأعيان السبع محرمات ، ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة . والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ﴾[1] إلى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذي يحرم الوطء بنكاح ، يحرم الوطء بملك اليمين .

---

(١) النساء : (٢٣) .

○ الفصل الثاني ○

[في المصاهرة]

وأما المحرمات بالمصاهرة فإنهن أربع : زوجات الآباء ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **وَلَا تَنْكِحوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ** ﴾[1] الآية ، وزوجات الأبناء والأصل في ذلك أيضًا قوله تعالى : ﴿ **وَحَلائِلُ أَبْنائِكُمُ الَّذينَ مِنْ أَصْلابِكُمْ** ﴾[2]، وأمهات النساء أيضًا والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ **وأمَّهَاتُ نِسائِكُمْ** ﴾[2] . وبنات الزوجات ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **وَرَبائبُكُمُ اللَّاتي في حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللَّاتي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ** ﴾[2] فهؤلاء الأربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد ، وهو تحريم زوجات الآباء والأبناء ، وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة . واختلفوا منها في موضعين :

أحدهما : هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج .

والثانية : هل تحرم بالمباشرة للأم للذة أو بالوطء ؟.

وأما أم الزوجة فإنهم اختلفوا : هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط ؟ واختلفوا أيضًا من هذا الباب في مسألة رابعة ، وهي : هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة ؛ فهنا أربع مسائل .

● المسألة الأولى :

وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه ؟ فإن الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم ، وقال

(١) النساء : (٢٢) . (٢) النساء : (٢٣) .

داود : ذلك من شرطه ، ومبنى الخلاف : هل قوله تعالى : ﴿ **اللاتي في حجوركم** ﴾[1] وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير ، وإنما خرج مخرج الموجود أكثر ؟ فمن قال : خرج مخرج الموجود الأكثر وليس هو شرطا في الربائب ، إذ لا فرق في ذلك بين التي في حجره أو التي ليست في حجره ؛ قال : تحرم الربيبة بإطلاق ، ومن جعله شرطا غير معقول المعنى ؛ قال : لا تحرم إلا إذا كانت في حجره .

● **المسألة الثانية :**

وأما هل تحرم البنت بمباشرة الأم فقط أو بالوطء ؟ فإنهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء . واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر إلى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرّم أم لا ؟ فقال مالك ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والأوزاعي ، والليث بن سعد : إن اللمس لشهوة يحرم الأم ، وهو أحد قولي الشافعي ، وقال داود ، والمزني : لا يحرمها إلا الوطء ، وهو أحد قولي الشافعي المختار عنده . والنظر عند مالك كاللمس ، إذا كان نظر تلذذ إلى أي عضو كان ، وفيه عنه خلاف ، ووافقه أبو حنيفة في النظر إلى الفرج فقط ، وحمل الثوري النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة ، وخالفهم في ذلك ابن أبي ليلى ، والشافعي في أحد قوليه فلم يوجب في النظر شيئًا ، وأوجب في اللمس . ومبنى الخلاف : هل المفهوم من اشتراط الدخول في قوله تعالى : ﴿ **اللاتي دخلتم بهن** ﴾[1] الوطء أو التلذذ بما دون الوطء ؟ فإن كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا ؟.

● **المسألة الثالثة :**

وأما الأم فذهب الجمهور من كافة فقهاء الأمصار إلى أنها تحرم بالعقد على البنت ، دخل بها أو لم يدخل ، وذهب قوم إلى أن الأم لا تحرم إلا بالدخول على البنت كالحال في البنت ؛ أعني : أنها لا تحرم إلا بالدخول على الأم ، وهو

(١) النساء : (٢٣) .

مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهما من طرق ضعيفة . ومبنى الخلاف : هل الشرط في قوله تعالى : ﴿ **اللاتي دخلتم بهن** ﴾[1] يعود إلى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو إلى الربائب والأمهات المذكورات قبل الربائب في قوله تعالى : ﴿ **وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن** ﴾[1] فإنه يحتمل أن يكون قوله : ﴿ **اللاتي دخلتم بهن** ﴾[1] يعود على الأمهات والبنات ، ويحتمل أن يعود إلى أقرب مذكور وهم البنات . ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح ، عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « أَيُّما رَجُلٍ نَكَحَ امْرأةً فَدَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ فلا تَحِلُّ لَـهُ أُمُّهـا »[2] .

● وأما المسألة الرابعة :

فاختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة ؟ أعني : الذي يدرأ فيه الحد ، فقال الشافعي : الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ، ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنه ، وقال أبو حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي : يحرم الزنا ما يحرم النكاح ، وأما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي : أنه لا يحرم ، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة أنه يحرم ، وقال سحنون : أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ، ويذهبون إلى ما في الموطأ ، وقد روي عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ .

وسبب الخلاف : الاشتراك في اسم النكاح ؛ أعني : في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي ، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى : ﴿ **ولا تنكحوا**

---

(١) النساء : (٢٣) .

(٢) أخرجه الترمذي (٣ /٤٢٥ رقم ١١١٧) ، والبيهقي (٧ / ٤٠) ، وقال الترمذي : هذا حديث لا يصح من قبل إسناده ، وإنما رواه ابن لهيعة ، والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب ، والمثنى وابن لهيعة يضعفان الحديث .

ما نكح آباؤكم ﴾[1] قال : يحرّم الزنا ، ومن راعى الدلالة الشرعية قال : لا يحرّم الزنا ، ومن علل هذا الحكم بالحرمة التي بين الأم والبنت ، وبين الأب والابن ؛ قال : يحرم الزنا أيضا : ومن شبهه بالنسب قال : لا يحرم ؛ لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا . واتفقوا فيما حكى ابـن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه ما يحرم الوطء بالنكاح . واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

(١) النساء : (٢٢) .

○ الفصل الثالث ○

[في مانع الرضاعِ]

واتفقوا على أن الرضاع بالجملة يحرم منه ما يحرم من النسب ، أعني : أن المرضعة تنزل منزلة الأم ، فتحرم على المرضع هي ، وكل من يحرم على الابن من قِبَل أم النسب . واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة ، القواعد منها تسع :

إحداها : في مقدار المحرم من اللبن .

والثانية : **في سن الرضاع .**

والثالثة : في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتا خاصًا.

والرابعة : هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أو لا يعتبر .

والخامسة : هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر .

والسادسة : هل يعتبر فيه الوصول من الحلق أو لا يعتبر .

والسابعة : هل ينزل صاحب اللبن ، أعني : الزوج من المرضع منزلة أب ، وهو الذي يسمونه لبن الفحل ، أم ليس ينزل منه بمنزلة أب .

والثامنة : الشهادة على الرضاع .

والتاسعة : صفة المرضعة .

• المسألة الأولى :

أما مقدار المحرم من اللبن فإن قومًا قالوا فيه بعدم التحديد ، وهو مذهب مالك وأصحابه ، وروي عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس ، وهؤلاء يحرم عندهم أي قدر كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري

والأوزاعي ، وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم ، وهؤلاء انقسموا إلى ثلاث فرق ، فقالت طائفة : لا تحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها ، وبه قال أبو عبيد وأبو ثور ، وقالت طائفة : المحرم خمس رضعات ، وبه قال الشافعي ، وقالت طائفة : عشر رضعات .

والسبب في اختلافهم في هذه المسألة معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الأحاديث في ذلك بعضها بعضًا . فأما عموم الكتاب فقوله تعالى : ﴿ وأُمَّهاتُكُمُ اللاَّتِي أرْضَعْنَكُم ﴾[1] الآية ، وهذا يقتضي ما ينطلق عليه اسم الإرضاع ، والأحاديث المتعارضة في ذلك راجعة إلى حديثين في المعنى:

أحدهما : حديث عائشة وما في معناه أنه قال ﷺ « لا تحرِّم . المصَّةُ ولا المَصَّتانِ أوِ الرَّضْعَةُ والرَّضْعتَانِ » خرجه مسلم[2] من طريق عائشة ، ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث ، وفيه قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تُحَرِّمُ الإمْلاجَةُ ولا الإمْلاجتَان » .

والحديث الثاني : حديث سهلة[3] ....

---

(١) النساء : (٢٣) .

(٢) في صحيحه (٢ /١٠٧٣ رقم ١٧ /١٤٥٠) من حديث عائشة .
قلت : وأخرجه أحمد (٦ /٩٦) ، وأبو داود (٢ /٥٥٢ رقم ٢٠٦٣) ، والنسائي (٦ /١٠١) ، والترمذي (٣ /٤٥٥ رقم ١١٥٠) ، وابن ماجه (١ /٦٢٤ رقم ١٩٤١) ، والبيهقي (٧ /٤٥٥) .
● وأخرجه مسلم من حديث أم الفضل (٢ /١٠٧٤ رقم ١٨ /١٤٥١) ، وأحمد (٦ /٣٤٠) ، والدارمي (٢ /١٥٧) ، والنسائي (٦ /١٠٠، ١٠١) ، وابن ماجه (١ /٦٢٤ رقم ١٩٤٠) ، والبيهقي (٧ /٤٥٥) .

(٣) أخرجه مالك (٢ /٦٠٥ رقم ١٢) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /٢٢ رقم ٧٢) ، وأحمد (٦ /٣٩) .

من حديث عائشة في قصة سهلة بنت سهيل امرأة أبي حذيفة ، مع سالم مولى أبي حذيفة الذي كان قد تبناه فذكرت الحديث بهذا اللفظ .

=

في سالم أنه قال لها النبي ﷺ : «أَرْضِعِيهِ خَمْس رَضْعاتٍ». وحديث عائشة[1] في هذا المعنى أيضًا قالت : « كان فيما نزل من القرآن : عشر رضعات معلومات ، ثم نسخن بخمس معلومات ، فتوفي رسول الله ﷺ ، وهن مما يقرأ من القرآن » . فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الأحاديث ؛ قال : تحرم المصة والمصتان ، ومن جعل الأحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله ﷺ : « لا تحرم المصة ولا المصتان » على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم ؛ قال : الثلاثة فما فوقها هي التي تحرم ، وذلك أن دليل الخطاب في قوله : « لا تحرم المصة ولا المصتان » . يقتضي أن ما فوقها يحرم ، ودليل الخطاب في قوله : « أرضعيه خمس رضعات » يقتضي أن ما دونها لا يحرم ، والنظر في ترجيح أحد دليلي الخطاب .

• **المسألة الثانية :**

واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين . واختلفوا في رضاع الكبير ؛

= أعني : « أرضعيه خمس رضعات » .

● وأخرجه أبو داود (٢ /٥٤٩ رقم ٢٠٦١) ، وابن الجارود (رقم ٦٩٠) ، والبيهقي (٧ /٤٥٩ - ٤٦٠) ، وابن حبان (٦ /٢١٠ رقم ٤٢٠٢) بالقصة ، وفيه فقال لها النبي ﷺ : « أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات » .

● والقصة متفق عليها أخرجها البخاري (٩ / ١٣١ رقم ٥٠٨٨) ، ومسلم (٢ / ١٠٧٦ رقم ٢٧،٢٧/١٤٥٣) إلا أنه لم يقع فيها ذكر العدد ، بل قال لها النبي ﷺ : « أرضعيه تحرمي عليه » .

(١) أخرجه مسلم (٢ /١٠٧٥ رقم ٢٤، ٢٥ /١٤٥٢) ، وأبو داود (٢ /٥٥١ رقم ٢٠٦٢) ، والترمذي (٣ /٤٥٦ رقم ١١٥٠) ، والنسائي (٦ /١٠٠) ، وابن ماجه (١ /٦٢٥ رقم ١٩٤٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٨٨) ، والبيهقي (٧ /٤٥٤) ، والدارمي (٢ /١٥٧) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /٢١ رقم ٦٦، ٦٧) ، ومالك (٢ /٦٠٨ رقم ١٧) ، وابن حبان (٦ /٢١٣ رقم ٤٢٠٧ و ٤٢٠٨) ، وسعيد بن منصور (رقم ٩٧٦) ، والدارقطني (٤ /١٨١ رقم ٣٠) .

فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي وكافة الفقهاء : لا يحرم رضاع الكبير ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أنه يحرم ، وهو مذهب عائشة ، ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وابن عباس ، وسائر أزواج النبي ﷺ .

وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك ، وذلك أنه ورد في ذلك حديثان :

أحدهما : حديث سالم ، وقد تقدم .

والثاني : حديث عائشة خرجه البخاري[1] ومسلم[2] قالت : « دخل رسول الله ﷺ وعندي رجل ، فاشتد ذلك عليه ، ورأيت الغضب في وجهه ، فقلت : يا رسول الله ، إنه أخي من الرضاعة ، فقال ﷺ : « انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانكُنَّ مِنَ الرّضَاعَةِ ، فإنَّ الرَّضَاعَةَ مِنَ المَجاعَةِ » . فمن ذهب إلى ترجيح هذا الحديث ؛ قال : لا يحرم اللبن الذي لا يقوم للمرضع مقام الغذاء ، إلا أن حديث سالم نازلة في عين ، وكان سائر أزواج النبي ﷺ يرون ذلك رخصة لسالم ، ومن رجح حديث سالم ، وعلل حديث عائشة بأنها لم تعمل به ؛ قال : يحرّم رضاع الكبير .

• **المسألة الثالثة :**

واختلفوا إذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين ، وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك : لا يحرم ذلك الرضاع ؛ وقال أبو حنيفة والشافعي : تثبت الحرمة به .

---

(١) في صحيحه (٩ /١٤٦ رقم ٥١٠٢) .

(٢) في صحيحه (٢ /١٠٧٨ رقم ٣٢ /١٤٥٥) .

قلت : وأخرجه أحمد (٦ /٩٤) ، والدارمي (٢ /١٥٨) ، وأبو داود (٢ /٥٤٨ رقم ٢٠٥٨) ، والنسائي (٦ /١٠٢) ، وابن ماجه (١ /٦٢٦ رقم ١٩٤٥) ، وابن الجارود (رقم ٦٩١) ، والبيهقي (٧ /٤٦٠) ، والطيالسي (ص ٢٠٠ رقم ١٤١٢) ، وسعيد بن منصور (رقم ٩٦٤) ، والقضاعي في المسند (٢ /١٩٨ رقم ١١٧٦، ١١٧٧) .

وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « فإنما الرضاعة من المجاعة »[١] فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم ، فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعًا من المجاعة ، فالاختلاف إلى أن الرضاع الذي سببه المجاعة ، والافتقار إلى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعي للأطفال وهو الافتقار الذي سببه سن الرضاع أو افتقار المرضع نفسه ، وهو الذي يرتفع بالفطم ، ولكنه موجود بالطبع ، والقائلون بتأثير الإرضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام[٢] أو لم يشترطه اختلفوا في هذه المدة ، فقال هذه بالمدة حولان فقط ، وبه قال زفر ، واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين ، وفي قول الشهر عنه ، وفي قول عنه إلى ثلاثة أشهر ، وقال أبو حنيفة : حولان وستة شهور .

وسبب اختلافهم ما يظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم ، وذلك أن قوله تعالى ﴿ **والوالدَاتُ يُرْضِعْنَ أوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كامِلَيْنِ** ﴾[٣]. يوهم أن ما زاد على هذين الحولين ؛ ليس هو رضاع مجاعة من اللبن ، وقوله ﷺ « إنما الرضاعة من المجاعة »[١] يقتضي عمومه أن ما دام الطفل غذاؤه اللبن أن ذلك الرضاع يحرم .

• المسألة الرابعة :

وأما هل يحرم الوجور واللدود ، وبالجملة ما يصل إلى الحلق من غير

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) قوله الفطام : هكذا بالنسخ ، ولعله عدم الفطام ؛ لأنه لم يشترط أحد الفطام في التحريم ، بل مالك اشترط عدم الفطام تأمل . اهـ مصححه .

(٣) البقرة : (٢٣٣) .

رضاع ، فإن مالكًا قال : يحرم الوجور واللدود ، وقال عطاء وداود : لا يحرم .

وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل إلى الجوف ، أو وصوله على الجهة المعتادة ؟ فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة ، وهو الذي ينطلق عليه اسم الرضاع ؛ قال : لا يحرم الوجور ولا اللدود ، ومن راعى وصول اللبن إلى الجوف كيفما وصل قال : يحرم .

• **المسألة الخامسة :**

وأما هل من شرط اللبن المحرم إذا وصل إلى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره ، فإنهم اختلفوا في ذلك أيضًا ، فقال ابن القاسم : إذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ، ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من أصحاب مالك : تقع به الحرمة بمنزلة ما لو انفرد اللبن ، أو كان مختلطًا لم تذهب عينه .

وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة إذا اختلط بغيره ، أم لا يبقى به حكمها كالحال في النجاسة إذا خالطت الحلال الطاهر . والأصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر إذا خالطه شيء طاهر ؟.

• **المسألة السادسة :**

وأما هل يعتبر فيه الوصول إلى الحلق ، أو لا يعتبر ، فإنه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به . ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الأعضاء أو لا يصل ؟

• **المسألة السابعة :**

وأما هل يصير الرجل الذي له اللبن ؛ أعني : زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ، ومن قبلهما ما يحرم من الآباء والأبناء الذين من النسب ، وهي التي يسمونها لبن الفحل ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأبو حنيفة

والشافعي وأحمد والأوزاعي والثوري : لبن الفحل يحرم ، وقالت طائفة : لا يحرم لبن الفحل ، وبالأول قال علي وابن عباس ، وبالقول الثاني قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر .

وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور ؛ أعني : آية الرضاع ، وحديث عائشة هو : « قالت جاء أفلح أخو أبي القعيس يستأذن عليَّ بعد أن أنزل الحجاب فأبيت أن آذن له ، وسألت رسول الله ﷺ فقال : إِنَّهُ عَمُّكِ فأْذَني لَهُ ، فقلت يا رسول الله ، إنما أرضعتني المرأة ، ولم يرضعني الرجل ، فقال : إِنَّهُ عَمُّكِ فَلْيَلِجْ عَلَيْكِ » خرجه البخاري[1] ومسلم[2] ومالك[3] ؛ فمن رأى أن ما في الحديث شرع زائد على ما في الكتاب ، وهو قوله تعالى : ﴿ **وأُمَّهاتُكُم اللاتي أرْضَعْنَكُمْ وأخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ** ﴾[4]. وعلى قوله ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ مِنَ الولادَةِ »[5] قال : لبن

---

(١) في صحيحه (٩ /٣٣٨ رقم ٥٢٣٩) .

(٢) في صحيحه (٢ /١٠٧٠ رقم ٧ /١٤٤٥) .

(٣) في الموطأ (٢ /٦٠١ رقم ٢) .
قلت : وأخرجه أحمد (٦ /١٩٤) ، والدارمي (٢ /١٥٦) ، وأبو داود (٢ /٥٤٧ رقم ٢٠٥٧) ، والترمذي (٣ /٤٥٣ رقم ١١٤٨) ، والنسائي (٦ /١٠٣) ، وابن ماجه (١ /٦٢٧ رقم ١٩٤٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٩٢) ، والبيهقي (٧ /٤٥٢) ، والحميدي في المسند (١ /١١٣ رقم ٢٣٠) ، وعبد الرزاق في « المصنف » (٧ /٤٧٣ رقم ١٣٩٤٠) ، وسعيد بن منصور (رقم ٩٥١) ، وابن حبان (٦ /٢١٢ رقم ٤٢٠٦) ، والدارقطني (٤ /١٧٧ –١٧٨) وغيرهم .

(٤) النساء : (٢٣) .

(٥) أخرجه البخاري (٩ /٣٣٨ رقم ٥٢٣٩) ، ومسلم (٢ /١٠٦٨ رقم ٢ /١٤٤٤) ، وأبو داود (٢ /٥٤٥ رقم ٢٠٥٥) ، والترمذي (٣ /٤٥٣ رقم ١١٤٧) ، والنسائي (٦ /١٠٢، ١٠٣) ، وابن ماجه (١ /٦٢٣ رقم ١٩٣٧) ، ومالك (٢ /٦٠٢ رقم ٢) ، وأحمد (٦ /٤٤) وغيرهم من حديث عائشة .

الفحل محرم ؛ ومن رأى أن آية الرضاع وقوله « يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة » إنما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال : ذلك الحديث إن عمل بمقتضاه ؛ أوجب أن يكون ناسخا لهذه الأصول ؛ لأن الزيادة المغيرة للحكم ناسخة ، مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل ، وهي الراوية للحديث ، ويصعب رد الأصول المنتشرة التي يقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالأحاديث النادرة ، وبخاصة التي تكون في عين ، ولذلك قال عمر رضي الله عنه في حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة .

• المسألة الثامنة :

وأما الشهادة على الرضاع فإن قومًا قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة امرأتين ، وقوما قالوا : لا تقبل فيه إلا شهادة أربع ، وبه قال الشافعي وعطاء ، وقوم قالوا : تقبل فيه شهادة امرأة واحدة ، والذين قالوا : تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط في ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة . وهو مذهب مالك وابن القاسم ، ومنهم من لم يشترطه ، وهو قول مطرّف وابن الماجشون . والذين أجازوا أيضًا شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة ، وهو مذهب أبي حنيفة ، ومنهم من اشترط ذلك ، وهي رواية عن مالك ، وقد روي عنه أنه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنتين .

والسببُ في اختلافهم ، أما بين الأربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفي في ذلك امرأتان ، وستأتي هذه المسألة في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى .

= ● وأخرجه البخاري (٥ /٢٥٣ رقم ٢٦٤٥) ، ومسلم (٢ /١٠٧١ رقم ١٢ ، ١٣ /١٤٤٧) من حديث ابن عباس بلفظ : « ... يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسبِ » .

وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الأثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه ، أعني : أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين ، وأن حال النساء في ذلك ، إما أن يكون أضعف من حال الرجال ، وإما أن تكون أحوالهن في ذلك مساوية للرجال ، والإجماع منعقد على أنه لا يقضي بشهادة واحدة ، والأمر الوارد في ذلك هو حديث عقبة بن الحارث[1] قال : « يا رسول الله ، إني تزوجت امرأةً فأتت امرأةٌ فقالت : قد أرضعتكما ، فقال رسول الله ﷺ : كَيْفَ وَقَدْ قِيلَ ؟ دَعْها عَنْكَ » وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعا بينه وبين الأصول وهو أشبه ، وهي رواية عن مالك .

● المسألة التاسعة :

وأما صفة المرضعة فإنهم اتفقوا على أنه يحرّم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ ، واليائسة من المحيض كان لها زوج أو لم يكن ، حاملًا كانت أو غير حامل ، وشذ بعضهم ، فأوجب حرمة للبن الرجل ، وهذا غير موجود فضلًا عن أن يكون له حكم شرعي ، وإن وجد فليس لبنًا إلا باشتراك الاسم . واختلفوا من هذا الباب في لبن الميتة .

وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أو لا يتناولها ، ولا لبن للميتة إن وجد لها إلا باشتراك الاسم ، ويكاد أن تكون مسألة غير واقعة فلا يكون لها وجود إلا في القول .

---

(١) أخرجه البخاري (٩ /١٥٢ رقم ٥١٠٤) ، وأبو داود (٢٧/٤ رقم ٣٦٠٣) ، والترمذي (٣ /٤٥٧ رقم ١١٥١) ، والنسائي (٦ /١٠٩) ، والبيهقي (٧ /٤٦٣) ، والدارمي (١٥٧/٢، ١٥٨) ، وأحمد (٤ /٧) ، والطيالسي (صـ ١٩٠ رقم ١٣٣٧) بألفاظ .

○ الفصل الرابع ○

[في مانع الزنا]

واختلفوا في زواج الزانية . فأجاز هذا الجمهور ، ومنعها قوم .

وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى : ﴿ **وَالزَّانِيَةُ لا يَنْكِحُها إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذلكَ عَلَى المؤمِنينَ** ﴾[1]. هل خرج مخرج الذم أو مخرج التحريم ؟ وهل الإشارة في قوله : ﴿ **وحرّم ذلك على المؤمنين** ﴾[1]. إلى الزنا أو إلى النكاح ؟ وإنما صار الجمهور لحمل الآية على الذم ، لا على التحريم لما جاء في الحديث : « أن رجلا قال للنبي ﷺ في زوجته إنها لا ترد يد لامس ، فقال له النبي ﷺ « طَلِّقْها » فقال له : إني أحبها . فقال له : « فأَمْسكْها »[2]. وقال قوم أيضًا : إن الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الأصل . وبه قال الحسن . وأما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان .

---

(١) النور : (٣) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢/٥٤١ رقم ٢٠٤٩) ، والنسائي (٦ /١٦٩ –١٧٠ رقم ٣٤٦٤ و ٣٤٦٥) وقال : هذا خطأ ، والصواب مرسل . وأخرجه البيهقي (٧ /١٥٤ – ١٥٥) من حديث ابن عباس .
وقال الألباني في صحيح النسائي (٢ /٧٣١ –٧٣٢ رقم ٣٢٤١ و ٣٢٤٢) : « صحيح الإسناد » .
وقال المنذري في « المختصر » (٣ /٦) : « ورجال إسناده محتج بهم في الصحيحين » .

○ الفصل الخامس ○

[في مانع العدد]

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معًا ، وذلك للأحرار من الرجال . واختلفوا في موضعين : في العبيد ، وفيما فوقَ الأربع . أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه : يجوز أن ينكح أربعًا ، وبه قال أهل الظاهر . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز له الجمع إلا بين اثنتين فقط .

وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد ، كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا ، وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك . وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا ؛ أعني : أن حده نصف حد الحر ، واختلفوا في غير ذلك . وأما ما فوق الأربع فإن الجمهور على أنه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى : ﴿ **فانْكحوا ما طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُباعَ** ﴾[1]. ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة : « أَمْسِكْ أَرْبَعًا وَفارِقْ سائِرَهُنَّ »[2] وقالت فرقة : يجوز تسع ، ويشبه أن يكون من أجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة ، أعني جمع الأعداد في قوله تعالى ﴿ **مثنى وثلاث ورباع** ﴾[1].

(١) النساء : (٣) .

(٢) أخرجه الترمذي (٣ /٤٣٥ رقم ١١٢٨) ، وابن ماجه (١ /٦٢٨ رقم ١٩٥٣) ، والشافعي في الأم (٥ /٥٣) ، وأحمد (٢ /١٣) ، وابن حبان (صـ٣١٠ رقم ١٢٧٧) ، والدارقطني (٣ /٢٦٩ رقم ٩٤) ، والحاكم (٢ /١٩٢ -١٩٣) ، والبيهقي (٧ /١٨١ -١٨٢) ومالك في الموطأ عن الزهري مرسلاً (٢ /٥٨٦ رقم ٧٦) . وهو حديث صحيح. وقد صححه وتكلم عليه الألباني في الإرواء (٦/٢٩١ رقم ١٨٨٣).

○ الفصل السادس ○

[في مانع الجمع]

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الأختين بعقد نكاح لقوله تعالى ﴿ **وأنْ تَجمعوا بيْنَ الأُخْتَيْنِ** ﴾[1] واختلفوا في الجمع بنيهما بملك اليمين ، والفقهاء على منعه ، وذهبت طائفة إلى إباحة ذلك .

وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين** ﴾[1]. لعموم الاستثناء في آخر الآية ، وهو قوله تعالى : ﴿ **إلَّا ما مَلَكَتْ أيمَانُكُم** ﴾[2]. وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور ، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له فيه ، فيخرج من عموم قوله تعالى ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين** ﴾[1] ملك اليمين ، ويحتمل أن لا يعود إلا إلى أقرب مذكور ، فيبقى قوله : ﴿ **وأن تجمعوا بين الأختين** ﴾[1] على عمومه ، ولاسيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة ، أو بسبب موجود فيهما . واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين إذا كانت إحداهما بنكاح والأخرى بملك يمين ، فمنعه مالك وأبو حنيفة ، وأجازه الشافعي ، وكذلك اتفقوا فيما أعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها ، وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه ﷺ من حديث أبي هريرة[3] وتواتره عنه ﷺ : من أنه

---

(١) النساء : (٢٣) .

(٢) النساء : (٢٤) .

(٣) وله عنه طرق :

١ - الأعرج عنه :

=

....

= أخرجه مالك (٢ /٥٣٢ رقم ٢٠) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٨) (رقم ٥٠) ، وأحمد (٢ /٤٦٥) ، والدارمي (٢ /١٣٦) ، والبخاري (٩ /١٦٠ رقم ٥١٠٩) ، ومسلم (٢ /١٠٢٨ رقم ٣٣ /١٤٠٨) ، والنسائي (٦ /٩٦) ، والبيهقي (٧ /١٦٥) ، وسعيد بن منصور في سننه (رقم ٦٥٤) .

٢ - أبو سلمة عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٢٢٩) ، ومسلم (٢ /١٠٢٩ رقم ٣٧ /١٤٠٨) ، والنسائي (٦ /٩٧) ، والبيهقي (٧ /١٦٥) ، وسعيد بن منصور (رقم ٦٥٠) .

٣ - قبيصة بن ذؤيب عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٤٠١) ، والبخاري (٩ /١٦٠ رقم ٥١١٠) ، ومسلم (٢ /١٠٢٨ رقم ٣٥ /١٤٠٨) ، وأبو داود (٢ /٥٥٤ رقم ٢٠٦٦) ، والنسائي (٦ /٩٦ ، ٩٧) ، والبيهقي (٧ /١٦٥) .

٤ - الشعبي عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٤٢٦) ، والدارمي (٢ /١٣٦) ، والبخاري (٩ /١٦٠ رقم ٥١٠٨) ، وأبو داود (٢ /٥٥٣ رقم ٢٠٦٥) ، والترمذي (٣ /٤٣٣ رقم ١١٢٦) ، والنسائي (٦ /٩٨) ، وابن الجارود (رقم ٦٨٥) ، والبيهقي (٧ /١٦٦) .

٥ - ابن سيرين عنه :

أخرجه أحمد (١ /٤٧٤) ، ومسلم (٢ /١٠٢٩ رقم ٣٨ /١٤٠٨) ، والترمذي (٣ /٤٣٣ رقم ١١٢٥) ، والنسائي (٦ /٩٨) ، وابن ماجه (١ /٦٢١ رقم ١٩٢٩) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ /٣٠٧) ، والبيهقي (٧ /١٦٥) ، وعبد الرزاق في المصنف (٦ /٢٦١ رقم ١٠٧٥٣) .

٦ - عراك بن مالك عنه :

أخرجه مسلم (٢ /١٠٢٨ رقم ٣٤ /١٤٠٨) ، والنسائي (٦ /٩٧) ، والبيهقي (٧ /١٦٥) .

٧ - عبد الملك بن يسار عنه :

أخرجه النسائي (٦ /٩٧) .

وفي الباب من جابر ، وعلي ، وابن مسعود ، وابن عمرو بن العاص ، وابن عمر بن الخطاب ، وابن عباس ، وأنس ، وأبي الدرداء ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي موسى=

قال ﷺ « لا يُجمعُ بَيْنَ المَرأة وَعمَّتِها ولا بَيْنَ المَرأةِ وَخالَتِها » واتفقوا على أن العمة هٰــهنا هي كل أنثى هي أخت لذكر له عليك ولادة إما بنفسه ، وإما بواسطة ذكر آخر ، وأن الخالة : هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة إما بنفسها ، وإما بتوسط أنثى غيرها ، وهن الحرات من قبل الأم ، واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص ، أم هو من باب الخاص أريد به العام ؟ والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العامّ ؛ اختلفوا أيّ عامّ هو المقصود به ؟ فقال قوم وهم الأكثر وعليه الجمهور من فقهاء الأمصار : هو خاص أريد به الخصوص فقط ، وأن التحريم لا يتعدى إلى غير من نص عليه ؛ وقال قوم : هو خاص والمراد به العموم ، وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة ، فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتي عم أو عمة ، ولا بين ابنتي خال أو خالة . ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ، أو بينها وبين بنت خالتها ، وقال قوم : إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة ، أعني : لو كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثى ؛ لم يجز لهما أن يتناكحا ، ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا ، أعنى : إذا جعل كل واحد منهما ذكرًا والآخر أنثى ؛ فلم يجز لهما أن يتناكحا ، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما ، وأما إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج و لم يحرم من الطرف الآخر فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها ، فإنه إن وضعنا البنت ذكرًا لم يحل نكاح المرأة منه ؛ لأنها زوج أبيه ، وإن جعلنا المرأة ذكرًا ؛ حل لها نكاح ابنة الزوج ؛ لأنها تكون ابنة لأجنبي ، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك ، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها .

= الأشعري ، وسمرة بن جندب ، وعتاب بن أسيد .
انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح .

○ الفصل السابع ○

[في موانع الرق]

واتفقوا على أنه يجوز للعبد أن ينكح الأمة ، وللحرة أن تنكح العبد إذا رضيت بذلك هي وأولياؤها . واختلفوا في نكاح الحر الأمة ، فقال قوم : يجوز بإطلاق ، وهو المشهور من مذهب ابن القاسم ، وقال قوم : لا يجوز إلا بشرطين : عدم الطول ، وخوف العنت ، وهو المشهور من مذهب مالك ، وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي .

والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب في قوله تعالى : **﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أنْ يَنْكِحَ ﴾**[1] الآية ، لعموم قوله : **﴿ وأنْكِحُوا الأيامَى مِنْكُمْ والصَّالحينَ ﴾**[2] الآية ، وذلك أن مفهوم دليل الخطاب في قوله تعالى : **﴿ ومن لم يستطع منكم طولا ﴾**[1] الآية ، يقتضي أنه لايحل نكاح الأمة إلا بشرطين :

أحدهما : عدم الطول إلى الحرّة .

والثاني : خوف العنت ؛ وقوله تعالى : **﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾**[2]. يقتضي بعمومه إنكاحهن من حرٍّ أو عبدٍ ، واحدًا كان الحر أو غير واحد ، خائفا للعنت أو غير خائف ، لكن دليل الخطاب أقوى هٰهنا – والله أعلم – من العموم ؛ لأن هذا العموم لم يتعرض فيه إلى صفات الزوج المشترطة

---

(١) النساء : (٢٥) .

(٢) النور : (٣٢) .

في نكاح الإماء ، وإنما المقصود به الأمر بإنكاحهن ، وألا يجبرن على النكاح ، وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من إرقاق الرجل ولده . واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين ، أعني : الذين لم يجيزوا النكاح إلا بالشرطين المنصوص عليهما :

أحدهما : إذا كانت تحته حرة هل هي طول أو ليست بطول ؟ فقال أبو حنيفة : هي طول ، وقال غيره : ليست بطول ، وعن مالك في ذلك القولان .

والمسألة الثانية : هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع ، أو ثنتان ؟ فمن قال : إذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت ؛ لأنه غير عزب قال : إذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الأمة ، ومن قال : خوف العنت إنما يعتبر بإطلاق سواء كان عزبًا أو متأهلًا ؛ لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت ، وهو لا يقدر على حرة تمنعه من العنت ، فله أن ينكح أمة ؛ لأن حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله قبلها ، وبخاصة إذا خشي العنت من الأمة التي يريد نكاحها ، وهذا بعينه هو السبب في اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الأمة الأولى أو لا ينكحها ؟ وذلك أن من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبًا إذ كان الخوف على العزب أكثر قال : لا ينكح أكثر من أمة واحدة ، ومن اعتبره مطلقًا قال : ينكح أكثر من أمة واحدة ، وكذلك يقول إنه ينكح على الحرة ، واعتباره مطلقًا فيه نظر ، وإذا قلنا : إن له أن يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير إذنها فهل لها الخيار في البقاء ، معه أو في فسخ النكاح ؟ اختلف في ذلك قول مالك ، واختلفوا إذا وجد طولا بحرة هل يفارق الأمة أم لا ؟ و لم يختلفوا أنه إذا ارتفع عنه خوف العنت أنه لا يفارقها ، أعني : أصحاب مالك ، واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز أن تنكح المرأة من ملكته ، وإنها إذا ملكت زوجها ؛ انفسخ النكاح .

○ الفصل الثامن ○

[في مانع الكفر]

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح الوثنية لقوله تعالى : ﴿ ولا تُمْسِكوا بِعِصَمِ الكَوَافِرِ ﴾[1]. واختلفوا في نكاحها بالملك ، واتفقوا على أنه يجوز أن ينكح الكتابية الحرة ، إلا ما روي في ذلك عن ابن عمر . واختلفوا في إحلال الكتابية الأمة بالنكاح ، واتفقوا على إحلالها بملك اليمين .

والسبب في اختلافهم في نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى : ﴿ ولا تمسكوا بعصم الكوافر ﴾[1]. وعموم قوله تعالى : ﴿ ولا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكات حتَّى يُؤْمِنَّ ﴾[2]. لعموم قوله : ﴿ والْمُحْصنَاتُ مِنَ النِّساءِ إلَّا ما مَلَكَتْ أيمانُكُمْ ﴾[3]. وهن المسبيات ، وظاهر هذا يقتضي العموم ، سواء كانت مشركة أو كتابية ، والجمهور على منعها ، وبالجواز قال طاوس ومجاهد ، ومن الحجة لهم ما روي من نكاح المسبيات في غزوة أوطاس : إذ استأذنوه في العزل فأذن لهم ، وإنما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الأحرار بالعقد ؛ لأن الأصل بناء الخصوص على العموم ؛ أعني : أن قوله تعالى : ﴿ والْمُحْصنَاتُ مِنَ الذينَ أُوتُوا الكتابَ ﴾[4]. هو خصوص ، وقوله :

---

(١) الممتحنة : (١٠) .

(٢) البقرة : (٢٢١) .

(٣) النساء : (٢٤) .

(٤) المائدة : (٥) .

﴿ **ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن** ﴾[1]. هو عموم ، فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ، ومن ذهب إلى تحريم ذلك ؛ جعل العام ناسخا للخاص ، وهو مذهب بعض الفقهاء ، وإنما اختلفوا في إحلال الأمة الكتابية بالنكاح ؛ لمعارضة العموم في ذلك القياس ، وذلك أن قياسها على الحرة يقتضي إباحة تزويجها ، وباقي العموم إذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك ؛ لأنه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم إذا خصص ؛ بقي الباقي على عمومه ، فمن خصص العموم الباقي بالقياس ، أو لم ير الباقي من العموم المخصوص عمومًا قال : يجوز نكاح الأمة الكتابية ، ومن رجح باقي العموم بعدم التخصيص على القياس قال : لا يجوز نكاح الأمة الكتابية ، وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم ، وهو معارضة دليل الخطاب للقياس ، وذلك أن قوله تعالى : ﴿ **مِن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ** ﴾[2]. يوجب أن لا يجوز نكاح الأمة غير المؤمنة بدليل الخطاب ، وقياسها على الحرة يوجب ذلك ، والقياس[3]. من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ، ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات ، والطائفة الثانية أنه ثم لم يجز نكاح الأمة المسلمة بالتزويج إلا بشرط فأحرى أن لا يجوز نكاح الأمة الكتابية بالتزويج ، وإنما اتفقوا على إحلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى : ﴿ **إِلَّا ما مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾[4]. ولإجماعهم على أن السبي يحل المسبية غير المتزوجة . وإنما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها ، وإن هدم فمتى يهدم ؟ فقال قوم : إن سبيا معًا أعني : الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما ، وإن سبي أحدهما قبل

---

(١) البقرة : (٢٢١) .

(٢) النساء : (٢٥) .

(٣) قوله : والقياس ، إلى قوله : وإنما اتفقوا . هو زائد ببعض النسخ الخطية والمصرية وفيه خفاء . فليتأمل في معناه . اهـ مصححه .

(٤) النساء : (٢٤) .

الآخر ؛ انفسخ النكاح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال قوم : بل السبي يهدم ، سُبيا معًا أو سبي أحدهما قبل الآخر ؛ وبه قال الشافعي ، وعن مالك قولان : **أحدهما** : أن السبي لا يهدم النكاح أصلًا **والثاني** : أنه يهدم بإطلاق مثل قول الشافعي .

والسبب في اختلافهم هل يهدم أو لا يهدم : هو تردد المسترقين الذين أمنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستأجرة من كافر . وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يسبيا معًا وبين أن يسبى أحدهما ؛ فلأن المؤثر عنده في الإحلال ، هو اختلاف الدار بهما لا الرق ، والمؤثر في الإحلال عند غيره هو الرق ، وإنما النظر هل هو الرق مع الزوجية ، أو مع عدم الزوجية ؟ والأشبه أن لا يكون للزوجية هٰهنا حرمة ؛ لأن محل الرق وهو الكفر سبب الإحلال . وأما تشبيهها بالذمية فبعيد ؛ لأن الذمي إنما أعطى الجزية بشرط أن يُقَرَّ على دينه فضلًا عن نكاحه .

○ الفصل التاسع ○

[في مانع الإحرام]

واختلفوا في نكاح المحرم ، فقال مالك ، والشافعي ، والليث ، والأوزاعي ، وأحمد : لا ينكح المحرم ولا ينكح ، فإن فعل فالنكاح باطل ، وهو قول عمر بن الخطاب ، وعلي ، وابن عمر ، وزيد بن ثابت . وقال أبو حنيفة : لا بأس بذلك .

وسبب اختلافهم : تعارض النقل في هذا الباب ، فمنها حديث ابن عباس[1] « أن رسول الله ﷺ نكح ميمونة وهو محرم » وهو حديث ثابت النقل ، خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة[2] « أن رسول الله ﷺ تزوجها وهو حلال » قال أبو عمر : رويت عنها من طرق شتى ، من طريق أبي رافع ، ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها ، وعن يزيد بن الأصم . وروى مالك أيضًا من حديث عثمان بن عفان[3] مع هذا أنه قال : قال رسول الله ﷺ « لا يَنْكِحُ الْمُحْرِم ولا يُنْكح ولا يخْطُبُ » فمن رجح هذه الأحاديث على حديث ابن عباس قال : لا ينكح المحرم ولا ينكح ، ومن رجح حديث ابن عباس ، أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية ؛ قال : ينكح وينكح ، وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول ، والوجه الجمع أو تغليب القول .

(١،٢) : تقدم تخريجهما في الحج .

(٣) أخرجه مسلم رقم (١٤٠٩) .

○ الفصل العاشر ○

[في مانع المرض]

واختلفوا في نكاح المريض ، فقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ، وقال مالك في المشهور عنه : إنه لا يجوز ، ويتخرج ذلك من قوله : إنه يفرق بينهما ، وإن صح ، ويتخرج من قوله أيضًا : إنه لا يفرق بينهما ، أن التفريق مستحب غير واجب .

وسبب اختلافهم : تردد النكاح بين البيع وبين الهبة ، وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ، ويجوز بيعه ، ولاختلافهم أيضًا سبب آخر ، وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أو لا يتهم ؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح ؛ لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث ، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث ، وردّ جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي ، لا يجوز عند أكثر الفقهاء ، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة ، حتى إن قومًا رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد ، وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف ، وأنه لا تجوز الزيادة فيه ، كما لا يجوز النقصان ، والتوقف أيضًا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتسرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم ، فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها ، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقًا إلى الظلم ، ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال ، فإن

دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرًا ؛ لا يمنع النكاح وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته ؛ منع من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم ، إذ لا يمكن أن يحد في ذلك حد مؤقت صناعي ، وهذا كثيرًا ما يعرض في صناعة الطب ، وغيرها من الصنائع المختلفة .

○ الفصل الحادي عشر ○

[في مانع العدة]

واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة ، كانت عدة حيض ، أو عدة حمل ، أو عدة أشهر . واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها ، فقال مالك والأوزاعي والليث : يفرق بينهما ولا تحل له أبدًا ، وقال أبو حنيفة والشافعي ، والثوري : يفرق بينهما ، وإذا انقضت العدة بينهما ؛ فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية .

وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة ؟ وذلك أن مالكًا روى عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار : أن عمر ابن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال : أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها ؛ فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطبًا من الخطاب ، وإن كان دخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم اعتدت من الآخر ، ثم لا يجتمعان أبدًا . قال سعيد : ولها مهرها بما استحل منها ، وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله ، وهو أنه أدخل في النسب شبهة فأشبه الملاعن . وروى عن علي ، وابن مسعود ، مخالفة عمر في هذا .

والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع من الأمة . وفي بعض الروايات أن عمر كان قضى بتحريمها ، وكون المهر

في بيت المال ، فلما بلغ ذلك عليًا أنكره فرجع عن ذلك عمر ، وجعل الصداق على الزوج ، ولم يقض بتحريمها عليه ، رواه الثوري ، عن أشعث ، عن الشعبي ، عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف . وأجمعوا على أنه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع ؛ لتواتر الأخبار بذلك عن رسول الله ﷺ[1] . واختلفوا

---

(١) قلت : ورد ذلك من حديث ابن عباس ، ورويفع بن ثابت ، وأبي سعيد الخدري ، وأبي هريرة ، والعرباض بن سارية ، وعلي بن أبي طالب ، وأبي أمامة ، وابن عمر ، وأبي الدرداء ، وجرول بن الأحنف ، ورجل ثقة .

● أما حديث ابن عباس فقد أخرجه ابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٣٢) من طريق شيبان ، عن الأعمش ، عن مجاهد عن ابن عباس رضي الله عنهما ، « أن رسول الله ﷺ نهى يوم خيبر عن لحومِ الحُمْر ، وعن كُلِّ ذي نابٍ من السباع ، وأن تُوطأ السبايا حتى يضعن » وإسناده صحيح .

● وأخرجه أبو يعلى (٤ /٣٧٣ رقم ١٦٤ /٢٤٩١) .
من طريق شريك النخعي ، عن الأعمش ، عن مجاهد ، عن ابن عباس رضي الله عنهما رفعه إلى النبي ﷺ « أنه نهى عن أكل كل ذي ناب من السبع ، وعن قتل الولدان ، وعن بيع المغنم ، **قال : وأظنه قال : وعن الحَبَالَى أن يُوطَأن »** .
قلت : وشريك فيه مقال . وقد تابعه (شيبان) كما تقدم على معنى الحديث عدا الفقرة الأولى منه وهي صحيحة كما يأتي .

● والأعمش مدلس ، وقد توبع . تابعه ابن أبي نجيح ، عن مجاهد ، عن ابن عباس ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن بيع المغانم ، حتى تقسم ، وعن الحبالى أن يوطأن حتى يضعن ما في بطونهن ، وعن لحم كل ذي ناب من السباع . أخرجه أبو يعلى (٤ /٣٠٤ رقم ٨٧ /٢٤١٤) ، والحاكم (٢ /١٣٧) ، والدارقطني (٣ /٦٩ رقم ٢٦٠) ، والنسائي (٧ /٣٠١ رقم ٤٦٤٥) واللفظ له . وعند أبي يعلى وغيره : « ونهى عن لحوم الحمر الإنسية » .

● وأخرجه مسلم (٣ /١٥٣٤ رقم ١٦ /١٩٣٤) ، والطحاوي في « المشكل » (٤/٣٧٤) ، وأبو يعلى (٥ /٨٧ رقم ٣٦٣ /٢٦٩٠) ، وأبو نعيم في الحلية (٤ /٩٥، ٣٠١) ، والبغوي في شرح السنة (١١ /٢٣٤ رقم ٢٧٩٥) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٧ /٢٧٨) من طريق الحكم ، عن ميمون بن مهران ، عن ابن عباس =

إن وطئ هل يعتق عليه الولد أو لا يعتق ، والجمهور على أنه لا يعتق .

وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر ؟ فإن قلنا إنه مؤثر كان له ابنا بجهة مَّا ، وإن قلنا : إنه ليس بمؤثر ؛ لم يكن ذلك . وروي عن النبي ﷺ أنه قال : « كَيْفَ يَسْتَعْبِدُهُ وَقَدْ غَذَّاهُ في سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ »[1]. وأما

= قال : « نهى رسولُ اللهِ ﷺ عن كُلِّ ذي نَابٍ منَ السِّبَاعِ ، وعن كُلِّ ذي مِخْلَبٍ من الطيرِ » .

● وقد أخرج أحمد (١ /٢٥٦) ، والطحاوي في « المشكل » (٢ /١٣٧ - ١٣٨) ، والطبراني في الكبير (١١ /٣٩٠ رقم ١٢٠٩٠) .

من طريق الحجاج بن أرطاة عن الحكم عن مقسم ، عن ابن عباس مرفوعاً : « ليس منا من وطئ حبلى » .

قال الهيثمي في المجمع (٤ /٣٠٠) : وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وبقية رجاله رجال الصحيح .

قلت : وهذا الحديث أيضاً مما لم يسمعه الحكم من مقسم .

● وحديث رويفع بن ثابت .

أخرجه أحمد (٤ /١٠٨ ،١٠٩) ، وأبو داود (٢ /٦١٥ رقم ٢١٥٨) ، والترمذي (٣ /٤٣٧ رقم ١١٣١) ، وابن الجارود (رقم ٧٣١) ، والبيهقي (٩ /١٢٤) و (٧ /٤٤٩) عنه ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين : لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها » واللفظ لأبي داود .

وقال الترمذي : حديث حسن - وهو كما قال - وقد رُوي من غير وجه عن رويفع ابن ثابت .

وقد حسنه الألباني في صحيح أبي داود .

وانظر تخريج أحاديث الصحابة الباقين في كتابنا : « إرشاد الأمة .. » جزء النكاح .

(١) أخرج الطبراني في الكبير (٤ /٣٠٠ - مجمع الزوائد) عن رجاء بن حيوة عن أبيه عن جده : « أن جارية من خيبر مرت على رسول الله ﷺ وهي مجح ، فقال النبي ﷺ : لمن هذه ؟ قالوا : لفلان . قال : أيطؤها ؟ قيل : نعم . قال : فكيف يصنع بولدها أيدّعيه وليس له بولد أم يستعبده وهو يغذوه في سمعه وبصره ، لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه في قبره » . =

النظر في مانع التطليق ثلاثا ، فسيأتي في كتاب الطلاق .

= وقال الهيثمي : فيه خارجة بن مصعب وهو متروك .

● المُجحّ : الحامل المُقرب التي دنا ولادها . [النهاية (١ /٢٤٠)] .

● لكن أخرجه مسلم (٢ /١٠٦٥ رقم ٣٩ /١٤٤١) ، وأبو داود (٢ /٦١٤ رقم ٢١٥٦) ، وأحمد (٥ /١٩٥) ، والطيالسي (ص ١٣١ رقم ٩٧٧) ، والبيهقي (٧ /٤٤٩) .

من حديث أبي الدرداء : أن النبي ﷺ أتى على امرأة مُجحّ على باب فسطاط ، فقال : لعله يريد أن يُلمّ بها ؟ فقالوا : نعم . فقال رسول الله ﷺ : لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قبره ، كيف يُورِّثه وهو لا يحل له ؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ » .

○ الفصل الثاني عشر ○

[في مانع الزوجية]

وأما مانع الزوجية فإنهم اتفقوا على أن الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين . واختلفوا في المسبية على ما تقدم ، واختلفوا أيضا في الأمة إذا بيعت هل يكون بيعها طلاقًا ؟ فالجمهور على أنه ليس بطلاق ، وقال قوم : هو طلاق ، وهو مروي عن ابن عباس ، وجابر ، وابن مسعود ، وأبي بن كعب .

وسبب اختلافهم : معارضة مفهوم حديث بريرة[(١)]. لعموم قوله تعالى : ﴿ **إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾[(٢)]. وذلك أن قوله تعالى : ﴿ **إلا ما ملكت أيمانكم** ﴾[(٢)]. يقتضي المسبيات وغيرهن ، وتخيير بريرة يوجب أن لا يكون بيعها طلاقًا ؛ لأنه لو كان بيعها طلاقًا لما خيرها رسول الله ﷺ بعد العتق ، ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها ؛ والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي[(٣)] شيبة عن أبي سعيد الخدري « أن رسول الله ﷺ بعث يوم حنين سرية

---

(١) تقدم في الفصل الأول في الأولياء . وهو حديث صحيح .

(٢) النساء : (٢٤) .

(٣) لم أعثر عليه في المصنف . والله أعلم .

وقد أخرج أحمد (٣ /٨٧) ، وأبو داود (٢ /٦١٤ رقم ٢١٥٧) ، والحاكم في المستدرك (٢ /١٩٥) ، والبيهقي (٩ /١٢٤) عن أبي سعيد الخدري ، أن النبي ﷺ قال في سبي أوطاس : « لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض حيضة » .

قال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم .

وصححه الألباني في صحيح أبي داود .

فأصابوا حيًا من العرب يوم أوطاس ، فهزموهم وقتلوهم وأصابوا نساء لهن أزواج ، وكان ناس من أصحاب رسول الله ﷺ تأثموا من غشيانهن من أجل أزواجهن ، فأنزل الله عز وجل : ﴿ **وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ** ﴾[٣]. وهذه المسألة هي أليق بكتاب الطلاق . فهذه هي جملة الأشياء المصححة للأنكحة في الإسلام ، وهي كما قلنا راجعة إلى ثلاثة أجناس : صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . وأما الأنكحة التي انعقدت قبل الإسلام ثم طرأ عليها الإسلام ، فإنهم اتفقوا على أن الإسلام إذا كان منهما معًا ، أعني : من الزوج والزوجة ، وقد كان عقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الإسلام ، أن الإسلام يصحح ذلك ، واختلفوا في موضعين :

أحدهما : إذا انعقد النكاح على أكثر من أربع ، أو على من لا يجوز الجمع بينهما في الإسلام .

والموضع الثاني : إذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

• **فأما المسألة الأولى** :

وهي إذا أسلم الكافر ، وعنده أكثر من أربع نسوة ، أو أسلم وعنده أختان ، فإن مالكًا قال : يختار منهن أربعًا ومن الأختين واحدة أيتهما شاء ، وبه قال الشافعي ، وأحمد ، وداود ، وقال أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى : يختار الأوائل منهن في العقد ، فإن تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن ، وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك : إذا أسلم وعنده أختان ؛ فارقهما جميعًا ، ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره .

وسبب اختلافهم معارضة القياس للأثر . وذلك أنه ورد في ذلك أثران :

---

(١) النساء : (٢٤) .

أحدهما : مرسل مالك[1] « أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم ، وعنده عشر نسوة أسلمن معه ، فأمره رسول الله ﷺ أن يختار منهن أربعا » .

والحديث الثاني : حديث قيس بن الحارث[2] أنه أسلم على الأختين ، فقال له رسول الله ﷺ : « اخْتَرْ أَيَّتَهُما شئْتَ » . وأما القياس المخالف لهذا الأثر فتشبيه العقد على الأواخر قبل الإسلام بالعقد عليهن بعد الإسلام ، أعني : أنه كما أن العقد عليهن فاسد في الإسلام ، كذلك قبل الإسلام ، وفيه ضعف .

وأما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر ، وهي :

• **المسألة الثانية** : ثم أسلم الآخر فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي : إنه إذا أسلمت المرأة قبله ، فإنه إن أسلم في عدتها : كان أحق بها ، وإن أسلم هو ، وهي كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث

---

(١) وهو حديث صحيح تقدم الكلام عليه في الفصل الخامس في مانع العدد .

(٢) قلت : هذا وهم ؛ لأن قيس بن الحارث لم يسلم على أختين ، بل أسلم على ثمان نسوة كما أخرجه أبو داود (٢ /٦٧٧ رقم ٢٢٤١) ، وابن ماجه (١ /٦٢٨ رقم ١٩٥٢) ، والدارقطني (٣ /٢٧٠ رقم ١٠٠) ، والبيهقي (٧ /١٨٣) .
من حديث الحارث بن قيس ، وبعضهم يسميه قيس بن الحارث . قال : أسلمت وعندي ثمان نسوة ، فأتيت النبي ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال : اختر منهنَّ أربعاً » .
وهو حديث حسن بمجموع طرقه قاله الألباني في الإرواء (٦ /٢٩٦) .
● وأما الذي أسلم على الأختين فهو فيروز الديلمي . قال : أسلمت وعندي أختان ، فقال النبي ﷺ : « طلق أيتهما شئت » وفي لفظ بعضهم : « اختر أيتهما شئت » .
أخرجه أحمد (٤ /٢٣٢) ، وأبو داود (٢/٦٧٨ رقم ٢٢٤٣) ، والترمذي (٣ /٤٣٦ رقم ١١٢٩ و ١١٣٠) ، وابن ماجه (١ /٦٢٧ رقم ١٩٥١) ، والدارقطني (٣ /٢٧٣ رقم ١٠٥) ، والبيهقي (٧ /١٨٤) . قال الترمذي : هو حديث حسن غريب .
وحسنه الشيخ عبد القادر الأرناؤوط في تخريج جامع الأصول (١١ /٥٠٦) .

صفوان بن أمية[1]. وذلك « أن زوجه عاتكة بنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ، ثم أسلم هو فأقره رسول الله ﷺ على نكاحه » قالوا : وكان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته نحو من شهر . قال ابن شهاب : ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر ، إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها ، إلا أن يقدم زوجها مهاجرًا قبل أن تنقضي عدتها . وأما إذا أسلم الزوج قبل إسلام المرأة فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك : إذا أسلم الزوج قبل المرأة ؛ وقعت الفرقة إذا عرض عليها الإسلام فأبت ، وقال الشافعي : سواء أسلم الرجل قبل المرأة ، أو المرأة قبل الرجل ، إذا وقع إسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح .

وسبب اختلافهم : معارضة العموم للأثر والقياس ، وذلك أن عموم قوله تعالى : ﴿ **ولا تمسكوا بعصم الكوافر** ﴾[2]. يقتضي المفارقة على الفور . وأما الأثر المعارض لمقتضى هذا العموم ، فما روي من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته ، وكان إسلامه بمر الظهران ، ثم رجع إلى مكة وهند بها كافرة ، فأخذت بلحيته وقالت : اقتلوا الشيخ الضال ، ثم أسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما[3]. وأما القياس المعارض للأثر ؛ فلأنه يظهر أنه لا فرق

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٥٤٣ -٥٤٤ رقم ٤٤ و ٤٥) .
ومن طريق مالك أخرجه البيهقي (٧ /١٨٦ -١٨٧) .
ونقل السيوطي في « تنوير الحوالك » (٢ /٧٥) قول ابن عبد البر عن هذا الحديث : « لا أعلمه يتصل من وجه صحيح ، وهو حديث مشهور معلوم عند أهل السير وابن شهاب إمام أهل السير ، وكذا الشعبي ، وشهرة هذا الحديث أقوى من إسناده إن شاء الله » .
قلت : ولكن الإسناد من الدين ولولا الإسناد لقال من شاء ما شاء .

(٢) الممتحنة : (١٠) .

(٣) ذكر الشافعي في الأم (٥ /٤٧ -٤٨) ، ومن طريقه البيهقي (٧ /١٨٦) : =

بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها ، فإن كانت العدة معتبرة في إسلامها قبل ؛ فقد يجب أن تعتبر في إسلامه أيضا قبل .

= قال الشافعي : أنبأنا جماعة من أهل العلم من قريش ، وأهل المغازي ، وغيرهم عن عدد قبلهم أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران . وذكر مثله ..

○ الباب الثالث ○

[في موجبات الخيار في النكاح]

وموجبات الخيار أربعة : العيوب ، والإعسار بالصداق ، أو بالنفقة والكسوة . والثالث : الفقد : أعني فقد الزوج . والرابع : العتق للأمة المزوجة فينعقد في هذا الباب أربعة فصول .

○ الفصل الأول ○
[في خيار العيوب]

اختلف العلماء في موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين ، وذلك في موضعين :

أحدهما : هل يرد بالعيوب أو لا يرد ؟.

والموضع الثاني : إذا قلنا إنه يرد فمن أيها يرد ، وما حكم ذلك ؟. فأما الموضع الأول ، فإن مالكًا والشافعي وأصحابهما قالوا : العيوب توجب الخيار في الرد أو الإمساك ، وقال أهل الظاهر : لا توجب خيارَ الرد والإمساك ، وهو قول عمر بن عبد العزيز .

وسبب اختلافهم شيئان : **أحدهما** : هل قول الصاحب حجة ، والآخر قياس النكاح في ذلك على البيع ؟ فأما قول الصاحب الوارد في ذلك ، فهو ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : أيما رجلٍ تزوج امرأة وبها جنون أو جذام أو برص ، وفي بعض الروايات : أو قرن ؛ فلها صداقها كاملًا ، وذلك غرم لزوجها على وليها .

وأما القياس على البيع فإن القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا : النكاح في ذلك شبيه بالبيع ، وقال المخالفون لهم : ليس شبيهًا بالبيع لاجتماع المسلمين على أنه لا يرد النكاح بكل عيب ويرد به البيع . وأما الموضع الثاني في الرد بالعيوب : فإنهم اختلفوا في أي العيوب يرد بها ، وفي أيها لا يرد وفي حكم الرد ، فاتفق مالك والشافعي ، على أن الرد يكون من أربعة عيوب : الجنون

والجذام والبرص وداء الفرج الذي يمنع الوطء ، إما قرن ، أو رتق في المرأة ، أو عنة في الرجل ، أو خصاء . واختلف أصحاب مالك في أربع : في السواد ، والقرع ، وبخر الفرج ، وبخر الفم ، فقيل : ترد بها ، وقيل : لا ترد ، وقال أبو حنيفة ، وأصحابه ، والثوري : لا ترد المرأة في النكاح إلا بعيبين فقط : القرن ، والرتق .

فأما أحكام الرد فإن القائلين بالرد اتفقوا على أن الزوج إذا علم بالعيب قبل الدخول ؛ طلق ولا شيء عليه . واختلفوا إن علم بعد الدخول والمسيس ، فقال مالك : إن كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها ، أنه عالم بالعيب مثل الأب والأخ فهو غارّ يرجع عليه الزوج بالصداق ، وليس يرجع على المرأة بشيء ، وإن كان بعيدًا ؛ رجع الزوج على المرأة بالصداق كله إلا ربع دينار فقط . وقال الشافعي : إن دخل ؛ لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولي .

وسبب اختلافهم : تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس ، أعني : اتفاقهم على وجوب المهر في الأنكحة الفاسدة بنفس المسيس ، لقوله ﷺ : « أَيُّما امْرأةٍ نكحَتْ بِغَيْرِ إذْنِ سَيِّدِها فَنِكاحُها باطِلٌ ، وَلها المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلّ مِنْها » . فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع ، وبين حكم الأنكحة المفسوخة ، أعني : بعد الدخول ، واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين ، أنه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلي بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الأربعة ، فقيل : لأن ذلك شرع غير معلل ، وقيل : لأن ذلك مما يخفى ، ومحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى ، وقيل : لأنها يخاف سرايتها إلى الأبناء ، وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع ، وعلى الأول يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج .

○ الفصل الثاني ○

[في خيار الإعسار بالصداق والنفقة]

واختلفوا في الإعسار بالصداق ، فكان الشافعي يقول : تخير إذا لم يدخل بها ، وبه قال مالك ، واختلف أصحابه في قدر التلوم له ؛ فقيل : ليس له في ذلك حد ، وقيل : سنة ، وقيل : سنتين ، وقال أبو حنيفة : هي غريم من الغرماء ، لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ، ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها المهر .

وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيهًا بالإيلاء والعنة . وأما الإعسار بالنفقة ، فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة : يفرق بينهما ، وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب ، وقال أبو حنيفة والثوري : لا يفرق بينهما ، وبه قال أهل الظاهر .

وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة ؛ لأن الجمهور على القول بالتطليق على العنين ، حتى لقد قال ابن المنذر : إنه إجماع ، وربما قالوا : النفقة في مقابلة الاستمتاع ، بدليل أن الناشز لا نفقة لها عند الجمهور ، فإذا لم يجد النفقة ؛ سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فإنهم قالوا : قد ثبتت العصمة بالإجماع فلا تنحل إلا بإجماع ، أو بدليل من كتاب الله ، أو سنة نبيه فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

○ الفصل الثالث ○

[في خيار الفقد]

واختلفوا في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام ، فقال مالك : يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الأجل ، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً وحلت ، قال : وأما ماله فلا يورث حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أن المفقود لا يعيش إلى مثله غالباً ، فقيل : سبعون ، وقيل :ثمانون ، وقيل : تسعون ، وقيل : مائة ، فيمن غاب وهو دون هذه الأسنان . وروي هذا القول عن عمر بن الخطاب ، وهو مروي أيضاً عن عثمان وبه قال الليث ؛ وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته ، وقولهم مروي عن علي وابن مسعود .

والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس ، وذلك أن استصحاب الحال يوجب ألّا تنحل عصمة إلا بموت أو طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالإيلاء والعنة ، فيكون لها الخيار كما يكون في هذين . والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة : مفقود في أرض الإسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود في أرض الحرب، ومفقود في حروب الإسلام ، أعني : فيما بينهم ، ومفقود في حروب الكفار . والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الأصناف من المفقودين كثير ، فأما المفقود في بلاد الحرب ، فحكمه عندهم حكم الأسير

لا تتزوج امرأته ، ولا يقسم ماله حتى يصح موته ، ما خلا أشهب ، فإنه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال : إن حكمه حكم المقتول دون تلوم ، وقيل : يتلوم له بحسب بُعد الموضع الذي كانت فيه المعركة وقربه ، وأقصى الأجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال : قيل : حكمه حكم الأسير ، وقيل : حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة ، إلا أن يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود في حروب المسلمين وفتنهم ، والقول الثالث أن حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين ، والرابع : حكمه حكم المقتول في زوجته ، وحكم المفقود في أرض المسلمين في ماله أعني: يعمر وحينئذ يورث ، وهذه الأقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الأصلح في الشرع ، وهو الذي يعرف بالقياس المرسل ، وبين العلماء فيه اختلاف ، أعني : بين القائلين بالقياس .

○ الفصل الرابع ○

[في خيار العتق]

واتفقوا على أن الأمة إذا عتقت تحت عبد أنّ لها الخيار ، واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث : لا خيار لها ، وقال أبو حنيفة والثوري : لها الخيار ، حرًا كان أو عبدًا .

وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة ، واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذي كان في إنكاحها بإطلاق إذا كانت أمة ، أو الجبر على تزويجها من عبد ، فمن قال : العلة الجبر على النكاح بإطلاق ؛ قال : تخير تحت الحر والعبد ، ومن قال : الجبر على تزويج العبد فقط قال : تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل ، فإنه روي عن ابن عباس(١) أن زوج بريرة كان

---

(١) أخرجه البخاري (٩ /٤٠٦ -٤٠٨ رقم ٥٢٨٠ و ٥٢٨١ و ٥٢٨٢ و ٥٢٨٣) ، وأبو داود (٢ /٦٧٠ رقم ٢٢٣١) ، والترمذي (٣ /٤٦٢ رقم ١١٥٦) ، والنسائي (٨ /٢٤٥) ، وابن ماجه (١ /٦٧١ رقم ٢٠٧٥) ، وأحمد (١ /٢١٥) ، والدارمي (٢ /١٦٩ -١٧٠) ، والدارقطني (٣ /٢٩٣ -٢٩٤ رقم ١٨٢ - ١٨٤) ، والبيهقي (٧ /٢٢١ -٢٢٢) .

عن ابن عباس ، أن زوج بريرة كان عبداً أسود يقال له مُغيث ، كأني أنظر إليه يطوف خلفها يبكي ودموعه تسيل على لحيته ، فقال النبي ﷺ للعباس : يا عباس ألا تعجب من شدة حب مُغيث بريرة ومن شدة بغض بريرة مغيثاً ؟ فقال لها النبي ﷺ : **« لو راجعتيه »** .

قالت : يا رسول الله ، أتأمرني ؟ فقال : « إنما أنا شافع ، قالت : لا حاجة لي فيه » .

عبدًا أسود . وروي عن عائشة[1] أن زوجها كان حرا ، وكِلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث ، واختلفوا أيضا في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه ، فقال مالك والشافعي : يكون لها الخيار ما لم يمسها ، وقال أبو حنيفة : خيارها على المجلس ، وقال الأوزاعي : إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢ /٦٧٢ رقم ٢٢٣٥) ، والترمذي (٣ /٤٦١ رقم ١١٥٥) ، والنسائي (٦ /١٦٣) ، وابن ماجه (١ /٦٧٠ رقم ٢٠٧٤) ، وأحمد (٦ /٤٢) ، والدارمي (٢ /١٦٩) ، والبيهقي (٧ /٢٢٣) .
عن عائشة قالت : « كان زوج بريرة حراً ، فلما أُعتقت خيَّرها رسول الله ﷺ فاختارت نفسها » .
والصحيح أن قوله في الحديث : « كان زوجها حراً » من كلام الأسود ، لا من كلام عائشة . كما أخرج البخاري (١٢ /٤٠ رقم ٦٧٥٤) وغيره عن عائشة رضي الله عنها بقصة شرائها بريرة وإعتاقها وتخييرها ، وفي آخر الحديث قال الأسود : « وكان زوجها حراً » . قال البخاري : قول الأسود منقطع ، وقول ابن عباس : رأيتهُ عبداً أصح .

○ الباب الرابع ○

[في حقوق الزوجية]

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[1] الآية . ولما ثبت من قوله ﷺ « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بالمَعْرُوفِ »[2] ولقوله لهند : « خُذي ما يَكْفيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ »[3]. فأما النفقة فاتفقوا على وجوبها ، واختلفوا في أربعة مواضع : في وقت وجوبها ، ومقدارها ، ولمن تجب ؟، وعلى من تجب ؟.

فأما وقت وجوبها فإن مالكًا ، قال : لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل

---

(١) البقرة : (٢٣٣) .

(٢) أخرجه مسلم (٢ /٨٨٩ رقم ١٤٧ /١٢١٨) من حديث جابر الطويل . وفيه قول النبي ﷺ في خطبته يوم عرفة : « فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهنَّ بأمان الله ، واستحللتم فروجهنَّ بكلمة الله ، ولكم عليهن ألَّا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، **فإن فعلن ذلك فاضربوهنَّ ضرباً غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف...** » الحديث .

(٣) أخرجه البخاري (٤ /٤٠٥ رقم ٢٢١١) ، ومسلم (٣ /١٣٣٨ رقم ٧ /١٧١٤) ، وأبو داود (٣ /٨٠٢ رقم ٣٥٣٢) ، والنسائي (٨ /٢٤٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٩ رقم ٢٢٩٣) ، والبيهقي (٧ /٤٧٧) وغيرهم .
من حديث عائشة ، أن هنداً قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

بها ، أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ ، وقال أبوحنيفة والشافعي : يلزم غير البالغ النفقة إذا كانت هي بالغاً ، وأما إذا كان هو بالغاً والزوجة صغيرة فللشافعي قولان :

أحدهما : مثل قول مالك .

والقول الثاني : أن لها النفقة بإطلاق .

وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع ، أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض ؟.

وأما مقدار النفقة فذهب مالك إلى أنها غير مقدرة بالشرع ، وأن ذلك راجع إلى ما يقتضيه حال الزوج وحال الزوجة ، وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال ، وبه قال أبو حنيفة ، وذهب الشافعي إلى أنها مقدرة ، فعلى الموسر مدان ، وعلى الأوسط مد ونصف ، وعلى المعسر مد .

وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الإطعام في الكفارة أو على الكسوة ، وذلك أنهم اتفقوا أن الكسوة غير محدودة ، وأن الإطعام محدود . واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة ؟ وإن وجبت فكم يجب ؟ والجمهور على أن على الزوج النفقة لخادم الزوجة إذا كانت ممن لا تخدم نفسها ، وقيل:بل على الزوجة خدمة البيت ، واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته ؟.

فقالت طائفة : ينفق على خادم واحدة ، وقيل:على خادمين إذا كانت المرأة ممن لا يخدمها إلا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور . ولست أعرف دليلًا شرعيًا لإيجاب النفقة على الخادم إلا تشبيه الإخدام بالإسكان ، فإنهم اتفقوا على أن **الإسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية**[1] . وأما لمن يجب

---

(١) يشير المؤلف إلى قوله تعالى في سورة الطلاق الآية (٦) : ﴿ أسكِنوهُنَّ من حيثُ سكنتُم ﴾ .

النفقة فإنهم اتفقوا على أنها تجب للحرة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والأمة . فأما الناشز فالجمهور على أنها لا تجب لها نفقة ، وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم ، وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[1] يقتضي أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء ، والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أنْ لا نفقة للناشز. وأما الأمة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافًا كثيرًا فقيل : لها النفقة كالحرة وهو المشهور ، وقيل : لا نفقة لها وقيل أيضًا : إن كانت تأتيه فلها النفقة ، وإن كان يأتيها فلا نفقة لها ، وقيل : لها النفقة في الوقت الذي تأتيه ، وقيل : إن كان الزوج حرًا فعليه النفقة ، وإن كان عبدًا فلا نفقة عليه . وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس ، وذلك أن العموم يقتضي لها وجوب النفقة ، والقياس يقتضي أن لا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها ، أو تكون النفقة بينهما لأن كل واحد منهما ينتفع بها ضربًا من الانتفاع ، ولذلك قال قوم : عليه النفقة في اليوم الذي يأتيه . وقال ابن حبيب : يحكم على مولى الأمة المزوجة أن تأتي زوجها في كل أربعة أيام . وأما على من تجب ، فاتفقوا أيضًا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر ؛ واختلفوا في العبد والغائب . فأما العبد فقال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن على العبد نفقة زوجته ، وقال أبو المصعب من أصحاب مالك : لا نفقة عليه . وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورًا عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه ؛ وقال أبو حنيفة : لا تجب إلا بإيجاب السلطان . وإنما اختلفوا فيمن القول قوله إذا اختلفوا في الإنفاق ، وسيأتي ذلك في كتاب الأحكام إن شاء الله . وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم لما ثبت من قسمه ﷺ بين أزواجه[2] ولقوله عليه الصلاة والسلام : « إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ

(١) تقدم تخريجه قريباً . وهو حديث صحيح .

(٢) أخرج مسلم (١٠٨٤/٢ رقم ٤٦ /١٤٦٢) من حديث أنس قال : كان للنبي ﷺ تسع نسوة وكان إذا قسم بينهن لا ينتهي إلى المرأة إلا إلى تسع ، فكن يجتمعن كل ليلة في بيت التي يأتيها .

امْرَأَتَانِ فَمَالَ إلى إحْدَاهُمَا جَاء يَوْمَ القِيَامَةِ وأَحَدُ شقَّيْهِ مَائِلٌ »[1] ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام « كان إذا أَرَادَ السفر أقرع بينهن »[2] واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أو لا يحتسب إذا كانت له زوجة أخرى ؟ فقال مالك والشافعي وأصحابهما : يقيم عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثًا، ولا يحتسب إذا كان له امرأة أخرى بأيام التي تزوج، وقال أبو حنيفة: الإقامة عندهن سواء بكرًا كانت أو ثيبًا . ويحتسب بالإقامة عندها إن كانت له زوجة أخرى . وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أمّ سلمة ، وحديث أنس[3] هو « أن النبي ﷺ

---

(١) أخرجه أحمد (٢ /٣٤٧) ، والدارمي (٢ /١٤٣) ، وأبو داود (٢ /٦٠٠ رقم ٢١٣٣) ، والترمذي (٣ /٤٤٧ رقم ١١٤١) ، والنسائي (٧ /٦٣) ، وابن ماجه (١ /٦٣٣ رقم ١٩٦٩) ، وابن الجارود (رقم ٧٢٢) ، والحاكم (١٨٦/٢) ، والبيهقي (٧ /٢٩٧) ، والطيالسي (ص ٣٢٢ رقم ٢٤٥٤) ، وابن حبان (ص٣١٧ رقم ١٣٠٧ – الموارد) من حديث أبي هريرة .

قال الترمذي : « وإنما أسند هذا الحديث همامُ بن يحيى ، عن قتادة .

ورواه هشام الدستوائي ، عن قتادة ، قال : كان يُقال : ولا نعرفُ هذا الحديث مرفوعاً إلا من حديث همام . وهمام ثقة حافظ » اهـ .

وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

وصححه الألباني في الإرواء (٧ /٨٠ رقم ٢٠١٧) .

(٢) أخرجه البخاري (٥ /٢١٨ رقم ٢٥٩٣) ، ومسلم (٤ /٢١٣٠ رقم ٥٦ /٢٧٧٠) من حديث عائشة .

(٣) قلت : هذا وهم فإن الحديث لا يوجد بهذا اللفظ ، والنسبة إلى فعل النبي ﷺ لا عند أبي داود ولا عند غيره .

بل أخرج البخاري (٩ /٣١٣ رقم ٢٥١٣) و (٩ /٣١٤ رقم ٢٥١٤) ، ومسلم (٢ /١٠٨٤ رقم ٤٤ /١٤٦١) ، وأبو داود (٢/ ٥٩٥ رقم ٢١٢٢) ، والترمذي (٣ /٤٤٥ رقم ١١٣٩) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٢٧ –٢٨) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٢٤) ، والبيهقي (٧ /٣٠١ –٣٠٢) من حديث خالد الحذاء ، عن أبي قلابة عن أنس قال : « من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسَم ، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم ، قال=

كان إذا تزوج البكر ؛ أقام عندها سبعا وإذا تزوج الثيب ؛ أقام عندها ثلاثا » وحديث أمّ سلمة هو « أن النبي ﷺ تزوجها فأصبحت عنده فقال : لَيْسَ بك عَلَى أَهْلِكِ هَوَانٌ إنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ عِنْدكِ وَسَبَّعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ عِنْدَكِ وَدُرْتُ فقالت : ثلّث » وحديث أم سلمة هو مدني متفق عليه خرَّجه مالك[1] والبخاري[2] ومسلم[3] ، وحديث أنس حديث بصري خرجه أبو داود ، فصار أهل المدينة إلى ما خرَّجه أهل البصرة، وصار أهل الكوفة إلى ما خرجه أهل المدينة . واختلف أصحاب مالك في هل مقامه عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثًا واجب أو مستحب ؟ فقال ابن القاسم : هو واجب ، وقال ابن عبد الحكم : يستحب . وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك ، وذلك أن قومًا أوجبوا عليها الرضاع على الإطلاق ، وقوم لم يوجبوا ذلك عليها بإطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة ، إلا أن يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها ، وهو مشهور قول مالك . وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع : أعني: إيجابه ، أو متضمنة أمره فقط ؟ فمن قال أمره قال : لا يجب عليها الرضاع إذ لا دليل هنا على الوجوب ؛ ومن قال تتضمن الأمر بالرضاع وإيجابه وأنها من الأخبار التي مفهومها مفهوم الأمر قال : يجب عليها الإرضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة. وأما المطلقة فلا رضاع عليها إلا أنْ لا يقبل ثدي غيرها فعليها الإرضاع وعلى

= أبو قلابة ولو شِئتُ لقلتُ إن أنساً رفعه إلى النبي ﷺ » لفظ البخاري ..

(١) في الموطأ (٢ /٥٢٩ رقم ١٤) .

(٢) لم يخرجه البخاري .

(٣) في صحيحه (٢/١٠٨٣ رقم ٤١ ، ٤٢ /١٤٦٠) .

قلت : وأخرجه أحمد (٦ /٢٩٢) ، والدارمي (٢ /١٤٤) ، وأبو داود (٢ /٥٩٤ رقم ٢١٢٢) ، وابن ماجه (١/٦١٧ رقم ١٩١٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٢٨) ، والدارقطني (٣ /٢٨٤ رقم ١٤٣) ، وأبو نعيم في الحلية (٧ /٩٥) ، والبيهقي (٧ /٣٠٠ ، ٣٠١) وغيرهم .

الزوج أجر الرضاع ، هذا إجماع لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ **فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** ﴾[1] (والجمهور على أن الحضانة للأم إذا طلقها الزوج وكان الولد صغيرًا لقوله ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ »[2] ولأن الأمة والمسبية إذا لم يفرق بينها وبين ولدها فأخص بذلك الحرة .

واختلفوا إذا بلغ الولد حد التمييز فقال قوم :يخير ، ومنهم الشافعي ، واحتجوا بأثر ورد في ذلك ، وبقي قوم على الأصل ؛ لأنه لم يصح عندهم هذا الحديث ، والجمهور على أن تزويجها لغير الأب يقطع الحضانة لما روي أن رسول الله ﷺ قال : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي »[3]. ومن لم يصح عنده هذا الحديث ؛ طرد الأصل . وأما نقل الحضانة من الأم إلى غير الأب ، فليس في ذلك شيء يعتمد عليه)[4] .

---

(١) الطلاق : (٦) .

(٢) أخرجه أحمد (٥ /٤١٣) ، والدارمي (٢ /٢٢٧ -٢٢٨) ، والترمذي (٣ /٥٨٠ رقم ١٢٨٣) ، والدارقطني (٣ /٦٧ رقم ٢٥٦) ، والحاكم (٢ /٥٥) والقضاعي في مسند الشهاب (١ /٢٨٠ رقم ٤٥٦) ، والطبراني في الكبير (رقم ٤٠٨٠) من حديث أبي أيوب . وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم . وأما الترمذي فحسنه . وهو حديث صحيح .

(٣) أخرجه أحمد (٢ /١٨٢) ، وأبو داود (٢ /٧٠٧ رقم ٢٢٧٦) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٨ /٤ -٥) ، والحاكم في المستدرك (٢ /٢٠٧) .
وقال الحاكم : حديث صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .
وهو حديث حسن . وقد حسنه الألباني في صحيح أبي داود .

(٤) ما بين القوسين لم يوجد في النسخة الفاسية ولا المصرية ، وهو موجود بالنسخة الخطية تعليق أحمد بك تيمور . اهـ مصححه .

○ الباب الخامس ○

في الأنكحة المنهي عنها بالشرع والأنكحة الفاسدة وحكمها

والأنكحة التي ورد النهي فيها مصرحا أربعة : نكاح الشغار ، ونكاح المتعة ، والخطبة على خطبة أخيه ، ونكاح المحلل .

فأما نكاح الشغار[1] فإنهم اتفقوا على أن صفته هو أن ينكح الرجل وليته رجلًا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما إلا بضع هذه ببضع الأخرى ، واتفقوا على أنه نكاح غير جائز لثبوت النهي عنه ، واختلفوا إذا وقع هل يصحح بمهر المثل أم لا ؟ فقال مالك : لا يصحح ويفسخ أبدًا قبل الدخول وبعده ، وبه قال الشافعي إلا أنه قال : إن سمى لإحداهما صداقًا أو لهما معًا

---

(١) أخرج البخاري (٩ /١٦٢ رقم ٥١١٢) ، ومسلم (٢/١٠٣٤ رقم ٥٧ /١٤١٥) ، وأبو داود (٢ /٥٦٠ رقم ٢٠٧٤) ، والترمذي (٣ /٤٣١ رقم ١١٢٤) ، والنسائي (٦ /١١٠) ، وابن ماجه (١ /٦٠٦ رقم ١٨٨٣) ، والدارمي (٢ /١٣٦) ، وأحمد (٢ /٦٢) ، ومالك (٢ /٥٣٥ رقم ٢٤) وغيرهم . من حديث ابن عمر ، **« أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ، والشغار أن يُزوِّجَ الرجلُ ابنتَهُ على أن يُزوجهُ** الآخر ابنتَهُ ليس بينهما صَداق » .

● وفي الباب عن أبي هريرة ، وجابر ، وأنس ، ومعاوية ، وعمران بن حصين ، **وأبي ريحانة ، وأبي بن كعب ، وعبد الله بن عمرو بن العاص ، وسمرة بن جندب ،** ووائل بن حجر ، وابن عباس .

انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء النكاح .

فالنكاح ثابت بمهر المثل ، والمهر الذي سماه فاسد ، وقال أبو حنيفة : نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل ، وبه قال الليث وأحمد وإسحق وأبو ثور والطبري .

وسبب اختلافهم هل النهي المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل؟، فإن قلنا : غير معلل ؛ لزم الفسخ على الإطلاق ، وإن قلنا: العلة عدم الصداق ؛ صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير ، وقد أجمعوا على أن النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لا يفسخ إذا فات بالدخول ، ويكون فيه مهر المثل ، وكأن مالكًا رضي الله عنه رأى أن الصداق ، وإن لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد هاهنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهي به ، أو رأى أن النهي إنما يتعلق بنفس تعيين العقد ، والنهي يدل على فساد المنهي .

وأما نكاح المتعة[1] ، فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم ، ففي بعض الروايات

---

(١) أخرج البخاري (٧ /٤٨١ رقم ٤٢١٦) ، ومسلم (٢ /١٠٢٧ رقم ٢٩ ، ٣٢ / ١٤٠٧) ، والترمذي (٣/٤٢٩ رقم ١١٢١) ، والنسائي (٦ /١٢٥ ، ١٢٦) ، وابن ماجه (١ /٦٣٠ رقم ١٩٦١) ، وابن الجارود (رقم ٦٩٧) ، والدارقطني (٣ /٢٥٧ رقم ٥١) ، وأبو نعيم في الحلية (٣ /١٧٧) ، والبيهقي (٧ /٢٠١) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٦ /٨٠٢) ، ومالك في الموطأ (٢ /٥٤٢ رقم ٤١) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٤ رقم ٣٥) ، والطيالسي (صـ١٨ رقم ١١١) ، **وأحمد (١ /٧٩) ، والدارمي (٢ /١٤٠) من أوجه. عن علي بن أبي طالب، « أن** رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الإنسية » . وفي الباب : عن عمر بن الخطاب ، وسلمة بن الأكوع ، وسبرة بن معبد ، وأبي هريرة ، وجابر ، وثعلبة بن الحكم ، وابن عمر ، وأبي ذر ، والحارث بن غزية ، وسهل بن سعد ، وكعب بن مالك ، وابن عباس ، وابن مسعود ، وأنس ، وحذيفة . انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة .. » جزء النكاح .

أنه حرّمها يوم خيبر ، وفي بعضها يوم الفتح ، وفي بعضها في غزوة تبوك ، وفي بعضها في حجة الوداع ، وفي بعضها في عمرة القضاء ، وفي بعضها في عام أوطاس ، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها ، واشتهر عن ابن عباس تحليلها ، وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك لقوله تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ ﴾[1] وفي حرف عنه إلى أجل مسمى ، وروي عنه أنه قال : ما كانت المتعة إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد ﷺ ، ولولا نهي عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقي . وهذا الذي روي عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار . وعن عطاء قال : « سمعت جابر بن عبد الله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر ونصفًا من خلافة عمر »[2] ثم نهى عنها عمر الناس .

وأما اختلافهم في النكاح الذي تقع فيه الخطبة على خطبة غيره ، فقد تقدم أن فيه ثلاثة أقوال : قول بالفسخ ، وقول بعدم الفسخ ، وفرق بين أن ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام ، أو لا ترد وهو مذهب مالك .

وأما نكاح المحلل ؛ أعني : الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثًا ، فإن مالكًا قال : هو نكاح مفسوخ ، وقال أبو حنيفة والشافعي : هو نكاح صحيح .

وسبب اختلافهم : اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ : « لَعَنَ اللهُ

---

(١) النساء : (٢٤) .

(٢) أخرج أحمد (٣ /٣٨٠) ، ومسلم (٢ /١٠٢٣ رقم ١٦ /١٤٠٥) ، والبيهقي (٧ /٢٣٧، ٢٣٨) بنحوه قال جابر : استمتعنا على عهد رسول الله وأبي بكر وعمر ، حتى إذا كان في آخر خلافة عمر رضي الله عنه ، يعني : نهى عن ذلك . لفظ أحمد في رواية ، وعند مسلم في رواية : كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى نهى عنه عمر .

المُحَلَّلَ »[1] الحديث فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال : النكاح صحيح ، ومن فهم من التأثيم فساد العقل تشبيهًا بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال : النكاح فاسد ، فهذه هي الأنكحة الفاسدة بالنهي . وأما الأنكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فإنها تفسد إما بإسقاط شرط من شروط صحة النكاح ، أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل ، وإما بزيادة تعود إلى إبطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هذا المعنى فإنها لا تفسد النكاح باتفاق ، وإنما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل أن يشترط عليه ألَّا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا ينقلها من بلدها ، فقال مالك : إن اشترط ذلك لم يلزمه إلا أن يكون في ذلك يمين بعتق أو طلاق ، فإن ذلك يلزمه إلا أن يطلق أو يعتق من أقسم عليه ، فلا يلزم الشرط الأول أيضًا ، وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال الأوزاعي وابن شبرمة : لها شرطها وعليه الوفاء ، وقال ابن شهاب : كان من أدركت من العلماء يقضون بها ، وقول الجماعة مروي عن علي ، وقول الأوزاعي مروي عن عمر .

---

(١) ● أخرجه أحمد (١ /٨٧) ، وأبو داود (٢ /٥٦٢ رقم ٢٠٧٦) ، والترمذي (٣ /٤٢٧ رقم ١١١٩) ، وابن ماجه (١ /٦٢٢ رقم ١٩٣٥) ، والبيهقي (٧ /٢٠٨) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه .

● وأخرجه أحمد (١ /٤٥٠) ، والترمذي (٣ /٤٢٨ رقم ١١٢٠) ، والنسائي (٦ /١٤٩) ، والبيهقي (٧ /٢٠٨) من طرق عن ابن مسعود .

● وأخرجه ابن ماجه (١ /٦٢٣ رقم ١٩٣٦) ، والدارقطني (٣ /٢٥١ رقم ٢٨) ، والحاكم (٢/١٩٩) ، والبيهقي (٧ /٢٠٨) من حديث عقبة بن عامر . وقال الحاكم : صحيح الإسناد ، وكذا صححه غيره .

● وأخرجه أحمد (٢ /٣٢٣) ، وابن الجارود (رقم ٦٨٤) ، والبيهقي (٧ /٢٠٨) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٤ /٢٩٦) من حديث أبي هريرة .

والخلاصة أن الحديث صحيح والله أعلم .

وسبب اختلافهم معارضة العموم للخصوص . فأما العموم فحديث عائشة[1] رضي الله عنها : أن النبي ﷺ خطب الناس فقال في خطبته : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فى كِتابِ اللّٰهِ فَهُوَ باطِلٌ وَلَوْ كانَ مائةَ شَرْطٍ » . وأما الخصوص فحديث عقبة بن عامر[2] عن النبي ﷺ : أنه قال: « أَحَقُّ الشُّروطِ أَنْ يُوَفى بِهِ ما اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الفُرُوجَ » . والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم ، إلا أن المشهور عند الأصوليين القضاء بالخصوص على العموم ، وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وإن كان المشهور خلاف ذلك . وأما الشروط المقيدة بوضع من الصداق ، فإنه قد اختلف فيها المذهب اختلافًا كثيرًا ، أعني : في لزومها أو عدم لزومها ، وليس كتابنا هذا موضوعًا على الفروع .

(**وأما حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت**) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده ، وهو ما كان منها فاسدا بإسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده ، مثل أن ينكح محرّمة العين ، ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتهما ، ولماذا يرجع من الإخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس – وذلك في الأكثر – يفسخه قبل الدخول ، ويثبته بعده ، والأصل فيه عنده ، أن لافسخ ، ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير من البيع الفاسد ، أنه يفوت بحوالة الأسواق وغير ذلك ، ويشبه أن تكون هذه عنده

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٣٧٦ رقم ٢١٦٨) ، ومسلم (٢ /١١٤٢ رقم ٨ /١٥٠٤) ، والترمذي (٤ /٤٣٥ رقم ٢١٢٣) ، والنسائي (٦ /١٦٤ ، ١٦٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٢ رقم ٢٥٢١) ، وأحمد (٦ /٢٠٦) ، ومالك في الموطأ (٢ /٧٨٠ رقم ١٧) . وغيرهم في قصة عتق بريرة وسيأتي إن شاء الله .

(٢) أخرجه البخاري (٥/٣٢٣ رقم ٢٧٢١) ، ومسلم (٢/١٠٣٥ رقم ١٤١٨/٦٣) ، وأحمد (٤ /١٤٤ ، ١٥٠) ، والدارمي (٢ /١٤٣) ، وأبو داود (٢ /٦٠٤ رقم ٢١٣٩) ، والترمذي (٣ /٤٣٤ رقم ١١٢٧) ، والنسائي (٦ /٩٢ ، ٩٣) ، وابن ماجه (١ /٦٢٨ رقم ١٩٥٤) ، والبيهقي (٧ /٢٤٨) .

هي الأنكحة المكروهة ، وإلا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير ، وكأن هذا راجع عنده إلى قوة دليل الفسخ وضعفه ، فمتى كان الدليل عنده قويًا فسخ قبله وبعده ، ومتى كان ضعيفا ؛ فسخ قبل و لم يفسخ بعد ، وسواء كان الدليل القوى متفقًا عليه أو مختلفًا فيه . ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الأنكحة الفاسدة إذا وقع الموت قبل الفسخ ، وكذلك وقوع الطلاق فيه ، فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ، ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول أو عدمه ، وقد نرى أن نقطع هاهنا القول فى هذا الكتاب ، فإن ما ذكرنا منه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

□ ٢١ - كتاب الطلاق □

والكلام في هذا الباب ينحصر في أربع جمل :

الجملة الأولى : في أنواع الطلاق .

الجملة الثانية : في أركان الطلاق .

الجملة الثالثة : في الرجعة .

الجملة الرابعة : في أحكام المطلقات .

الجملة الأولى : وفي هذه الجملة خمسة أبواب :

الباب الأول : في معرفة الطلاق البائن والرجعيّ .

الباب الثاني : في معرفة الطلاق السني من البدعي .

الباب الثالث : في الخلع .

الباب الرابع : في تمييز الطلاق من الفسخ .

الباب الخامس : في التخيير والتمليك .



○ الباب الأول ○

[في معرفة الطلاق البائن والرجعي]

واتفقوا على أن الطلاق نوعان : بائن ورجعي وأن الرجعي هو الذي يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه أن يكون في مدخول بها ، وإنما اتفقوا على هذا لقوله تعالى : ﴿ **يأيُّهَا النَّبِيُّ إذَا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وأحْصُوا العِدَّةَ** ﴾ إلى قوله تعالى : ﴿ **لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلكَ أمْرًا** ﴾[1] وللحديث الثابت أيضا من حديث ابن عمر[2] أنه ﷺ : أمره أن يراجع زوجته لمَّا طلقها حائضًا ولا خلاف في هذا . وأما الطلاق البائن ، فإنهم اتفقوا على أن البينونة إنما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ، ومن قبل عدم التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ما سيأتي بعد ؛ واتفقوا على أن العدد الذي يوجب البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات إذا وقعت مفترقات لقوله تعالى : ﴿ **الطلاقُ مَرَّتانِ** ﴾[3] الآية . واختلفوا إذا وقعت ثلاثًا في اللفظ دون الفعل ، وكذلك اتفق الجمهور على أن الرق مؤثر في إسقاط أعداد الطلاق ، وأن الذي يوجب البينونة في الرق اثنتان . واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ، ففي هذا الباب إذن ثلاث مسائل .

---

(١) الطلاق : (١) .

(٢) سيأتي قريبا .

(٣) البقرة : (٢٢٩) .

• **المسألة الأولى :**

جمهور فقهاء الأمصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة ؛ وقال أهل الظاهر وجماعة : حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك ، وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى : ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾[(1)] إلى قوله في الثالثة : ﴿ **فإنْ طَلَّقَها فَلا تَحل لَهُ مِنْ بَعْدُ حتَّى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَه** ﴾[(2)] والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث ، واحتجوا أيضًا بما خرجه البخاري[(1)] ومسلم[(2)] . عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فأمضاه عليهم عمر ؛ واحتجوا أيضًا بما رواه ابن إسحـٰق عن عكرمة عن ابن عباس[(5)]

---

(1) البقرة : (٢٢٩) .

(2) البقرة : (٢٣٠) .

(3) لم يخرجه البخاري .

(4) في صحيحه (٢ /١٠٩٩ رقم ١٥ /١٤٧٢)

قلت : وأخرجه أبو داود (٢ /٦٤٩ رقم ٢١٩٩) و (٢ /٦٤٩ رقم ٢٢٠٠) ، والنسائي (٦ /١٤٥) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣ /٥٥) ، والدارقطني (٤٦/٤ رقم ١٣٧) ، والحاكم (٢ /١٩٦) ، والبيهقي (١ /٣٣٦) ، وأحمد (٣١٤/١) ، وعبد الرزاق (٦ /٣٩١ رقم ١١٣٣٦) .

وقال الحاكم : « صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه » .

قلت : وهو واهم في ذلك كما ترى .

وقال البيهقي : « وهذا الحديث أحد ما اختلف فيه البخاري ومسلم ، فأخرجه مسلم ، وتركه البخاري ، وأظنه إنما تركه لمخالفته لسائر الروايات عن ابن عباس » . اهـ . يعني : في فتواه بلزوم الثلاث ؛ وسيأتي في هذا حيث ذكر مثله ابن رشد .

(5) ● أخرجه أحمد (٢٦٥/١) ، وأبو يعلى في مسنده (٣٧٩/٤ رقم ٢٥٠٠/١٧٣) ، والبيهقي (٧ /٣٣٩) بإسناد رجاله ثقات ، غير أن ابن إسحاق مدلس وقد صرح بالتّحديث عند أحمد . وداود بن الحصين قد ضعف في عكرمة . وهو من رجال الستة . وقال البيهقي : « وهذا الإسناد لا تقوم به الحجة .. » .

=

قال : « طلق ركانة زوجه ثلاثا في مجلس واحدٍ ، فحزن عليها حزنًا شديدًا ، فسأله رسول الله ﷺ : كَيْفَ طَلَّقْتَها ؟ قال : طلقتها ثلاثا في مجلس واحد ، قال : إنمَا تِلْكَ طَلْقَةٌ-واحِدَةٌ فَارْتَجِعْها » وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين[1] إنما رواه عنه من أصحابه طاوس[2] ، وأن جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث[3] منهم سعيد بن جبير[4] ومجاهد[5] وعطاء ، وعمرو بن دينار[6] وجماعة غيرهم[7] ، وأن حديث ابن إسحـٰق وهم ، وإنما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثًا .

= ● وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦ /٣٩٠ رقم ١١٣٣٤) ، وأبو داود (٢ /٦٤٥ رقم ٢١٩٦) والبيهقي (٧ /٣٣٩) بإسناد فيه جهالة .

قلت : الحديث بمجموع الطريقين حسن . انظر الإرواء للمحدث الألباني (٧ /١٤٤-١٤٥) .

(١) قلت : حديث ابن عباس المذكور ، ليس هو في الصحيحين ، وإنما هو في صحيح مسلم كما تقدم قريباً .

(٢) قلت : هذه دعوى مردودة . انظر سنن أبي داود (٢ /٦٤٨) .

(٣) قلت : جلة أصحاب ابن عباس لم يرووا عنه حديثاً مرفوعاً يخالف ما رواه عنه طاووس ، إنما رووا فتواه بذلك ، ولا معارضة بين الراوي ورأيه كما هو معلوم .

(٤) خرج رواية سعيد بن جبير الطحاوي في شرح المعاني (٣ /٥٨) ، والدارقطني (٤ /١٢ رقم ٣٦) ، والبيهقي (٧ /٣٣٧) .

(٥) خرج رواية مجاهد : أبو داود (٢ /٦٤٦ رقم ٢١٩٧) ، والطحاوي (٣ /٥٨) ، والدارقطني (٤ /١٣ رقم ٣٨) و (٤ /٦٠ رقم ١٤٣) ، والبيهقي (٧ /٣٣٧) .

(٦) خرج رواية عطاء وعمرو بن دينار : البيهقي (٧ /٣٣٧) .

(٧) قلت : الغير الذي أشار إليه ابن رشد :

أ - مالك بن الحارث وروايته عند الطحاوي في شرح المعاني (٣ /٥٧) ، وأبي داود في السنن (٢/٦٤٧ رقم ٢١٩٧) .

ب - محمد بن إياس : وروايته عند أبي داود (٢ /٦٤٨ رقم ٢١٩٨) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٥٧) ، والبيهقي (٧ /٣٣٧ -٣٣٨) .

ج - وأبو سلمة بن عبد الرحمن ، وروايته عند الطحاوي (٣ /٥٨) .

وسبب الخلاف هل الحكم الذي جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بإلزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ؟ ولا يلزم من ذلك إلا ما ألزم الشرع ؟ فمن شبه الطلاق بالأفعال التي يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال : لا يلزم ، ومن شبهه بالنذور والأيمان التي ما التزم العبد منها لزمه على أي صفة كان ألزم الطلاق كيفما ألزمه المطلق نفسه ، وكأن الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق ؛ سدًّا للذريعة ، ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك ، أعني في قوله تعالى : ﴿ لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا ﴾ .

• المسألة الثانية .

وأما اختلافهم في اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق ، فمنهم من قال : المعتبر فيه الرجال ، فإذا كان الزوج عبدًا ؛ كان طلاقه البائن ، الطلقة الثانية ، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وبهذا قال مالك والشافعي ، ومن الصحابه عثمان بن عفان ، وزيد بن ثابت ، وابن عباس ، وإن كان اختلف عنده في ذلك ، لكن الأشهر عنه هو هذا القول . ومنهم من قال: إن الاعتبار في ذلك هو بالنساء ، فإذا كانت الزوجة أمة ؛ كان طلاقها البائن الطلقة الثانية ، سواء كان الزوج عبدًا أو حرًا ، وممن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ، ومن فقهاء الأمصار أبو حنيفة وغيره ، وفي المسألة قول أشذ من هذين ، وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما ، قال ذلك عثمان البتي وغيره ، وروي عن ابن عمر .

وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل ، فمن قال:التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال : يعتبر بالرجال ، ومن قال: التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال : هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة . وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي : نقصانها تابع لرق النساء ، واحتج

الفريق الأول بما روي عن ابن عباس مرفوعًا إلى النبي ﷺ أنه قال : « الطَّلاقُ بالرّجال ، والعدَّةُ بالنِّساءِ »[1]. إلا أنه حديث لم يثبت في الصحاح . وأما من اعتبر من رُق منهما فإنه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقًا ، ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الأنوثية مع الرق .

• **المسألة الثالثة :**

وأما كون الرق مؤثرًا في نقصان عدد الطلاق ، فإنه حكى قوم أنه إجماع ، وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ، ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء .

وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس ، وذلك أن الجمهور صاروا إلى هذا المكان قياس طلاق العبد والأمة على حدودهما ، وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرًا في نقصان الحد . أما أهل الظاهر فلما كان الأصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر إلا ما أخرجه الدليل ، والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ، ولم يكن هناك دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ، ويشبه أن يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد ؛

---

(١) قلت : لم يثبت في الصحاح ولا في غيرها .
ولا يعرف من كلام النبي ﷺ وإنما أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥ /٨٣) ، والبيهقي (٧ /٣٧٠) عن ابن عباس من قوله .
● وأخرجه البيهقي (٧ /٣٧٠) ، والطبراني (٤ /٣٣٧ - مجمع الزوائد) عن ابن مسعود من قوله أيضاً .
وقال البيهقي : إنه ليس بمحفوظ .
● وأخرجه البيهقي (٧ /٣٧٠) أيضاً عن علي بن أبي طالب ، مثله . وقال الماردينى في « الجوهر النقي » : لا يصح .
● وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧ /٢٣٤) موقوفاً على عثمان وزيد بن ثابت .

لأن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه ، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر . وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ ؛ لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم ، والشرع إنما سلك في ذلك سبيل الوسط ، وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنتت المرأة وشقيت ، ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم ، وكان ذلك عسرًا عليه ، فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ، ولذلك ما نرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة ، فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة .

○ الباب الثاني ○

[في معرفة الطلاق السني من البدعي]

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها ، هو الذي يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة ، وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه غير مطلق للسنة ، وإنما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر[1] « أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فقال ﷺ : « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حتَّى تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ إنْ شاءَ أمْسَكَ وإنْ شاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ العِدَّةُ التي أمَرَ اللهُ أنْ تُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ » . واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع :

الموضع الأول : هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقًا في العدة ؟.

والثاني : هل المطلق ثلاثًا : أعني : بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا ؟.

والثالث : في حكم من طلق في وقت الحيض .

---

(١) أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (٢ /٣٢، ٣٣ رقم ١٠٢ و ١٠٤) ، ومالك (٢ /٥٧٦ رقم ٥٣) ، وأحمد (٢ /٦، ٥٤، ٦٣، ٦٤، ١٠٢، ١٢٤) ، والدارمي (٢ /١٦٠) ، والطيالسي (صـ١٣ رقم ٦٨) و (صـ٢٥٣ رقم ١٨٥٣) ، والبخاري (٩ /٣٤٥ رقم ٥٢٥١) ، ومسلم (٢ /١٠٩٣ رقم ١ /١٤٧١) ، وأبو داود (٢ /٦٣٢ رقم ٢١٧٩) ، والترمذي (٣ /٤٧٨ رقم ١١٧٥) ، والنسائي (٦ /١٣٨) ، وابن ماجه (١ /٦٥١ رقم ٢٠١٩) ، وابن الجارود (رقم ٧٣٤) ، والدارقطني (٤ /٦ –١١) ، والبيهقي (٧ /٣٢٣ –٣٢٤) ، والبغوي في شرح السنة (٩ /٢٠٢) ، وابن حبان (٦ /٢٢٨ رقم ٤٢٤٩) من طرق .. وله عندهم ألفاظ .

• **أما الموضع الأول :**

فإنه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما ، فقال مالك : من شرطها أن لا يتبعها في العدة طلاقًا آخر . وقال أبو حنيفة : إن طلقها عند كل طهر طلقة واحدة ؛ كان مطلقا للسنة .

وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق أن يكون في حال الزوجية بعد رجعة ، أم ليس من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتبعها فيه طلاقًا ، ومن قال ليس من شرطه أتبعها الطلاق ، ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

• **وأما الموضع الثاني :**

فإن مالكًا ذهب إلى أن المطلق ثلاثًا بلفظ واحد مطلق لغير سنة ، وذهب الشافعي إلى أنه مطلق للسنة .

وسبب الخلاف معارضة إقراره ﷺ للمطلق بين يديه ثلاثًا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة . والحديث الذي احتج به الشافعي هو ما ثبت من أن العجلاني طلق زوجته ثلاثًا بحضرة رسول الله ﷺ بعد الفراغ من الملاعنة[1]. قال : فلو كان بدعة لما أقره رسول الله ﷺ . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التي جعلها الله في العدد ؛ قال فيه : إنه ليس للسنة . واعتذر أصحابه عن الحديث بأن المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه ، فوقع الطلاق على غير محله ، فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة ، وقول مالك – والله أعلم – أظهر هـٰهنا من قول الشافعي .

---

(١) أخرجه البخاري (٩ /٤٤٦ رقم ٥٣٠٨) ، ومسلم (٢ /١١٢٩ رقم ١ /١٤٩٢) ، من حديث سهل بن سعد ويأتي لفظه وتخريجه في اللعان : إن شاء الله .

• وأما الموضع الثالث :

في حكم من طلق في وقت الحيض :

فإن الناس اختلفوا من ذلك في مواضع : منها أن الجمهور قالوا : يمضي طلاقه ، وقالت فرقة : لا ينفذ ولا يقع ؛ والذين قالوا ينفذ قالوا : يؤمر بالرجعة ، وهؤلاء افترقوا فرقتين : فقوم رأوا أن ذلك واجب وأنه يجبر على ذلك ، وبه قال مالك وأصحابه . وقالت فرقة : بل يندب إلى ذلك ولا يجبر ، وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وأحمد . والذين أوجبوا الإجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الإجبار ، فقال مالك وأكثر أُصحابه ، ابن القاسم وغيره : يجبر مالم تنقض عدتها ، وقال أشهب : لا يجبر إلا في الحيضة الأولى . والذين قالوا بالأمر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة إن شاء ، فقوم اشترطوا في الرجعة أن يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ، ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وبه قال مالك والشافعي وجماعة ، وقوم قالوا : بل يراجعها ، فإذا طهرت من تلك الحيضة ، التي طلقها فيها فإن شاء أمسك ، وإن شاء طلق . وبه قال أبو حنيفة والكوفيون ، وكل من اشترط في طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يمسها فيه ؛ لم ير الأمر بالرجعة إذا طلقها في طهر مسها فيه ، فهنا إذًا أربع مسائل :

أُحدها : هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟.

والثانية : إن وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؟.

والثالثة : متى يوقع الطلاق بعد الإجبار أو الندب .

والرابعة : متى يقع الإجبار .

• أما المسألة الأولى :

فإن الجمهور إنما صاروا إلى أن الطلاق إن وقع في الحيض اعتد به ، وكان

طلاقًا لقوله ﷺ في حديث ابن عمر: « مره فليراجعها »[1] قالوا : والرجعة لا تكون إلا بعد طلاق ، وروى الشافعي[2] عن مسلم بن خالد عن ابن جريج أنهم أرسلوا إلى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله ﷺ ؟ قال: نعم ، وروي أنه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعًا فإنه اعتمد عموم قوله ﷺ : « كُلُّ فِعْلٍ أَوْ عَمَلٍ لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ »[3]. وقالوا : أمر رسول الله ﷺ برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه . وبالجملة فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء ، أم شروط كمال وتمام ؟ فمن قال شروط إجزاء ؛ قال : لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ، ومن قال : شروط كمال

---

(١) تقدم تخريجه قريبا .

(٢) في ترتيب المسند (٢ /٣٤ رقم ١٠٨) .
قلت : وشيخه مسلم بن خالد ضعيف ، وقد صح عن نافع خِلافه .

(٣) ● أخرج البخاري (٥ /٣٠١ رقم ٢٦٩٧) ، ومسلم (٣ /١٣٤٣ رقم ١٧١٨) ، وأحمد (٦ /٧٣ ، ٢٧٠) ، وأبو داود (٥ /١٢ رقم ٤٦٠٦) ، وابن ماجه (١ /٧ رقم ١٤) ، والدارقطني في السنن (٤/٢٢٤-٢٢٥،٢٢٧) ، والبيهقي (١٠/١١٩) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١/٢٣١ رقم ٣٥٩) ، وابن عدي في الكامل (١/٢٤٧) والطيالسي في المسند (صـ٢٠٢ رقم ١٤٢٢) وابن حجر في « تغليق التعليق » (٣/٣٩٨) كلهم عن عائشة رضي الله عنها مرفوعاً بلفظ « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رَدّ » .

● وأخرج البخاري في « خلق أفعال العباد » ص ٤٣ ، وأحمد في المسند (٦ /١٤٦ ، ١٨٠ ، ٢٤٠ ، ٢٥٦ ، ٢٧٠) ، والبغوي في شرح السنة (١ /٢١١ رقم ١٠٣) ، وابن حجر في « تغليق التعليق » (٣ /٣٩٧) كلهم بلفظ « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رَدّ » .

● وأخرج ابن حجر في « تغليق التعليق » (٣ /٣٩٨) بلفظ « من فعل أمرا ليس عليه أمرنا فهو رَدّ » .

وتمام قال : يقع ويندب إلى ان يقع كاملا ، ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض ، فتدبر ذلك .

• وأما المسألة الثانية :

وهي هل يجبر على الرجعة أو لا يجبر ؟ فمن اعتمد ظاهر الأمر ، وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال : يجبر ، ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعًا ؛ قال : هذا الأمر هو على الندب .

• وأما المسألة الثالثة :

وهي متى يوقع الطلاق بعد الإجبار ، فإن من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإنما صار لذلك ؛ لأنه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا : والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض ؛ لأنه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة ؛ لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة ؛ لأنه كان يكون كالمطلق قبل الدخول . وبالجملة فقالوا : إن من شرط الرجعة وجود زمان يصح فيه الوطء ، وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة أن يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التي قبله ، وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب ، وأما الذين لم يشترطوا ذلك ، فإنهم صاروا إلى ما روى يونس بن جبير[1] ، وسعيد بن

---

(١) رواية يونس بن جبير ، خرجها أحمد (٢ /٤٣ ، ٥١ ، ٧٤) ، والبخاري (٩ /٣٥١ رقم ٥٢٥٢) و (٩ /٤٨٤ رقم ٥٣٣٣) ، ومسلم (٢ /١٠٩٦ رقم ٧ – ١٠ / ١٤٧١) ، وأبو داود (٢ /٦٣٥ رقم ٢١٨٤) ، والنسائي (٦ /١٤١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٥٢ – ٥٣) ، والدارقطني (٤ /٨ رقم ١٩) ، والبيهقي (٧ /٣٢٥ – ٣٢٦) .

جبير[1] ، وابن سيرين[2] ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث أنه قال : يراجعها فإذا طهرت طلقها إن شاء ، وقالوا : المعنى في ذلك أنه إنما أمر بالرجوع عقوبة له ؛ لأنه طلق في زمان كره له فيه الطلاق ، فإذا ذهب ذلك الزمان ؛ وقع منه الطلاق على وجه غيره مكروه .

فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسألة ، وتعارض مفهوم العلة .

• وأما المسألة الرابعة :

وهي متى يجبر فإنما ذهب مالك إلى أنه يجبر على رجعتها لطول زمان العدة ؛ لأنه الزمان الذي له فيه ارتجاعها . وأما أشهب فإنه إنما صار في هذا إلى ظاهر الحديث ؛ لأن فيه : « مره فليراجعها حتى تطهر » فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة ، وأيضا فإنه قال : إنما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة ، فإنه إذا وقع عليهال الطلاق في الحيضة ؛ لم تعتد بها بإجماع ؛ فإن قلنا : إنه يراجعها في غير الحيضة ؛ كان ذلك عليها أطول ، وعلى هذا التعليل فينبغي أن يجوز إيقاع الطلاق في الطهر الذي بعد الحيضة .

فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الأمر بالرد .

---

(١) رواية سعيد بن جبير ، خرجها النسائي (٦ /١٤١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٥٢) .

(٢) رواية ابن سيرين خرجها أحمد (٢ /٧٤) ، ومسلم (رقم ١١ ، ١٢ /١٤٧١) ، وابن الجارود (رقم ٧٣٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٥٢) ، والبيهقي (٧ /٣٢٦) .

□ الباب الثالث في الخلع □

واسم الخلع ، والفدية ، والصلح ، والمبارأة ، كلها تؤول إلى معنى واحد ، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها ، إلا أن اسمَ الخلع يختص ببذلها له جميع ما أعطاها والصلح ببعضه ، والفدية بأكثره ، والمبارأة بإسقاطها عنه حقا لها عليه على ما زعم الفقهاء ، والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول : في جواز وقوعه أولًا ، ثم ثانيًا في شروط وقوعه ، أعني : جواز وقوعه ، ثم ثالثًا في نوعه ، أعني : هل هو طلاق أو فسخ ؟. ثم رابعًا فيما يلحقه من الأحكام .

○ الفصل الأول ○

[في جواز وقوعه]

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء . والأصل في ذلك الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ فَلا جُناحَ عَلَيْهِما فِيما افْتَدَتْ بِهِ ﴾[1] . وأما السنة فحديث ابن عباس : « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله ، ثابت بن قيس لا أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكن أكره الكفر بعد الدخول في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ : « أَتَرُدِّينَ عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ ؟ قالت : نعم ، قال رسول الله ﷺ : اقْبَلِ الحَديقَةَ ، وطَلِّقْها طَلْقَةً واحِدَةً » . خرجه بهذا اللفظ البخاري[2] ، وأبو داود[3] والنسائي[4] ، وهو حديث متفق على صحته[5] ، وشذ أبو بكر بن عبد الله المزيني عن الجمهور فقال : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئا ، واستدل على ذلك بأنه زعم أن قوله تعالى :

---

(١) البقرة : (٢٢٩) .

(٢) في صحيحه (٩ /٣٩٥ رقم ٥٢٧٣) .

(٣) في السنن (٢ /٦٦٩ رقم ٢٢٢٩) وليس هو عنده بهذا اللفظ .

(٤) في السنن (٦ /١٦٩) .

(٥) قلت : إن أراد بالاتفاق على صحته أن مسلماً خرجه أيضاً ، كما هو المعروف بين أهل الحديث ، وكما هو اصطلاحه أيضا فلا ، فإن مسلما لم يخرجه .
وقد أخرجه أيضا الترمذي (٣ /٤٩١ رقم ١١٨٥م) ، وابن ماجه (١ /٦٦٣ رقم ٢٠٥٦) ، وابن الجارود في المنتقى (رقم ٧٥٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٧ /٣١٣) ، والدارقطني (٣ /٦١) ، والبغوي في شرح السنة (٩ /١٩٣ - ١٩٤) وله عندهم ألفاظ .

﴿ **فلا جناح عليهما فيما افتدت به** ﴾ منسوخ بقوله تعالى : ﴿ **وإنْ أرَدتم اسْتِبْدالَ زَوْجٍ مَكانَ زَوْجٍ وآتَيْتُم إحْداهُن قِنطارا فَلا تأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئا** ﴾ الآية . والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها ، وأما برضاها فجائز .

فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

○ الفصل الثاني ○

[في شروط وقوعه]

فأما شروط جوازه فمنها ما يرجع إلى القدر الذي يجوز فيه ، ومنها ما يرجع إلى صفة الشيء الذي يجوز به ، ومنها ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها ؛ ومنها ما يرجع إلى صفة من يجوز له الخلع من النساء ، أو من أوليائهن ، ممن لا تملك أمرها ، ففي هذا الفصل أربع مسائل :

• المسألة الأولى :

أما مقدار ما يجوز لها أن تختلع به ، فإن مالكًا ، والشافعي ، وجماعة ، قالوا : جائز أن تختلع المرأة بأكثر مما يصير لها من الزوج في صداقها ، إذا كان النشوز من قبلها ، وبمثله وبأقلّ منه ، وقال قائلون : ليس له أن يأخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت ، فمن شبهه بسائر الأعواض في المعاملات ؛ رأى أن القدر فيه راجع إلى الرضا ، ومن أخذ بظاهر الحديث ؛ لم يجز أكثر من ذلك ، وكأنه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

• المسألة الثانية :

وأما صفة العوض ، فإن الشافعي ، وأبا حنيفة : يشترطان فيه أن يكون معلوم الصفة ، ومعلوم الوجوب ، ومالك يجيز فيه المجهول الوجود ، والقدر والمعدوم ، مثل : الآبق ، والشارد ، والثمرة التي لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف . وحكي عن أبي حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم .

وسبب الخلاف تردّد العوض هٰهنا بين العوض في البيوع ، أو الأشياء

الموهوبة والموصى بها ؛ فمن شبهها بالبيوع ؛ اشترط فيه ما يشترط في البيوع وفي أعواض البيوع ، ومن شبهه بالهبات ؛ لم يشترط ذلك . واختلفوا إذا وقع الخلع بما لا يحل كالخمر والخنزير ، هل يجب لها عوض أم لا ، بعد اتفاقهم على أن الطلاق يقع ؟ فقال مالك : لا تستحق عوضًا ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يجب لها مهر المثل[1] .

• المسألة الثالثة :

وأما ما يرجع إلى الحال التي يجوز فيها الخلع ، من التي لا يجوز ، فإن الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضي ، إذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه إضراره بها ، والأصل في ذلك قوله تعالى : ﴿ **ولا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا ببعْضِ ما آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أنْ يأتينَ بِفاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾[2] وقوله تعالى : ﴿ **فإنْ خِفْتُم أنْ لَّا يُقِيما حُدُودَ اللهِ فَلا جُناحَ عَليهِما فيما افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[3]. وشذ أبو قلابة ، والحسن البصري فقالا : لا يحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزني ، وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا ، وقال داود : لا يجوز إلا بشرط الخوف أن لا يقيما حدود الله على ظاهر الآية ، وشذ النعمان فقال : يجوز الخلع مع الإضرار ، والفقه أن الفداء إنما جعل للمرأة في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق ، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا فرك المرأة ؛ جعل الخلع بيد المرأة ؛ إذا فركت الرجل ، فيتحصل في الخلع خمسة أقوال : قول إنه لا يجوز أصلًا . وقول إنه يجوز على كل حال ، أي : مع الضرر . وقول : إنه لا يجوز إلا مع مشاهدة الزنا . وقول مع خوف أن لا يقيما حدود الله . وقول إنه يجوز في كل حال إلا مع الضرر ، وهو المشهور .

---

(١) هكذا جميع النسخ ، ولعل الصواب يجب عليها ، فإن العوض راجع للزوج ، فليتأمل . اهـ .مصححه .

(٢) النساء : (١٩) .

(٣) البقرة : (٢٢٩) .

• **المسألة الرابعة :**

وأما من يجوز له الخلع ممن لا يجوز ، فإنه لا خلاف عند الجمهور أن الرشيدة تخالع عن نفسها ، وأن الأمة لا تخالع عن نفسها إلا برضا سيدها ، وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر ، وقال مالك : يخالع الأب على ابنته الصغيرة ، كما ينكحها ، وكذلك على ابنه الصغير ؛ لأنه عنده يطلق عليه ، والخلاف في الابن الصغير ، قال الشافعي وأبو حنيفة : لا يجوز ؛ لأنه لا يطلق عليه عندهم . والله أعلم . وخلع المريضة يجوز عند مالك إذا كان بقدر ميراثه منها ، وروى ابن نافع ، عن مالك ، أنه يجوز خلعها بالثلث كله ، وقال الشافعي : لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز ، وكان من رأس المال ، وإن زاد على ذلك ؛ كانت الزيادة من الثلث . وأما المهملة التي لا وصي لها ، ولا أب فقال ابن القاسم : يجوز خلعها إذا كان خلع مثلها ، والجمهور على أنه يجوز خلع المالكة لنفسها ، وشذ الحسن وابن سيرين فقالا : لا يجوز الخلع إلا بإذن السلطان .

○ الفصل الثالث في نوعه ○

وأما نوع الخلع فجمهور العلماء على أنه طلاق ، وبه قال مالك . وأبو حنيفة سوّى بين الطلاق والفسخ ، وقال الشافعي : هو فسخ ، وبه قال أحمد ، وداود ، ومن الصحابة ابن عباس . وقد روي عن الشافعي أنه كناية ، فإن أراد به الطلاق ، كان طلاقًا وإلا كان فسخًا ، وقد قيل عنه في قوله الجديد : إنه طلاق ، وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا ؟ وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنًا ؛ لأنه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة عليها ؛ لم يكن لافتدائها معنى . وقال أبو ثور : إن لم يكن بلفظ الطلاق ؛ لم يكن له عليها رجعة ، وإن كان بلفظ الطلاق ؛ كان له عليها الرجعة ، احتج من جعله طلاقًا بأن الفسوخ إنما هي التي تقتضي الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع إلى اختياره ، وهذا راجع إلى الاختيار فليس بفسخ ، واحتج من لم يره طلاقًا بأن الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال : ﴿ **الطلاق مرتان** ﴾[1]. ثم ذكر الافتداء ثم قال : ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره** ﴾[2]. فلو كان الافتداء طلاقًا ؛ لكان الطلاق الذي لا تحل له فيه إلا بعد زوج هو الطلاق الرابع ، وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضي قياسًا على فسوخ البيع ، أعني : الإقالة ، وعند المخالف أن الآية إنما تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق ، لا أنه شيء غير الطلاق . فسبب الخلاف : هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق ، إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها ؟.

---

(١) البقرة : (٢٢٩) .

(٢) البقرة : (٢٣٠) .

○ الفصل الرابع ○
[فيما يلحقه من الأحكام]

وأما لواحقه ففروع كثيرة ، لكن نذكر منها ما شهر : **فمنها** هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا ؟ فقال مالك : لا يرتدف إلا إن كان الكلام متصلًا ، وقال الشافعي : لا يرتدف وإن كان الكلام متصلًا ، وقال أبو حنيفة : يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخي .

وسبب الخلاف : أن العدة عند الفريق الأول من أحكام الطلاق ، وعند أبي حنيفة من أحكام النكاح ؛ ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها ، فمن رآها من أحكام النكاح ؛ ارتدف الطلاق عنده ، ومن لم ير ذلك ؛ لم يرتدف ، ومنها أن جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة في العدة ، إلا ما روي عن سعيد بن المسيب ، وابن شهاب أنهما قالا : إن ردّ لها ما أخذ منها في العدة أشهد على رجعتها ، والفرق الذي ذكرناه عن أبي ثور ، بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون ، ومنها أن الجمهور أجمعوا على أن له أن يتزوجها برضاها في عدتها ، وقالت فرقة من المتأخرين : لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة .

وسبب اختلافهم : هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل ؟. واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتي بعد . واختلفوا إذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذي وقع به الخلع فقال مالك : القول قوله إن لم يكن هنالك بينة ، وقال الشافعي : يتحالفان ويكون عليها مهر المثل ، شبه الشافعي

اختلافهما باختلاف المتبايعين ، وقال مالك : هي مدّعى عليها وهو مدع .
ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

○ الباب الرابع ○

[في تمييز الطلاق من الفسخ]

واختلف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذي لا يعتد به في التطليقات الثلاث ، وبين بالطلاق الذي يعتد به في الثلاث إلى قولين :

أحدهما : أن النكاح إن كان فيه خلاف خارج عن مذهبه ، أعني : في جوازه ، وكان الخلاف مشهورًا فالفرقة عنده فيه طلاق ، مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم ، فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ .

والقول الثاني : أن الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق ، فإن كان غير راجع إلى الزوجين مما لو أراد الإقامة على الزوجية معه لم يصح ، كان فسخا : مثل نكاح المحرّمة بالرضاع ، أو النكاح في العدة ، وإن كان مما لهما أن يقيما عليه مثل الرد بالعيب ؛ كان طلاقًا .

○ الباب الخامس ○

[في التخيير والتمليك]

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكامًا خاصة : التمليك والتخيير ، والتمليك عن مالك في المشهور غير التخيير ، وذلك أن التمليك ، هو عنده تمليك المرأة إيقاع الطلاق ، فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ، ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة ، والخيار بخلاف ذلك ؛ لأنه يقتضي إيقاع طلاق تنقطع معه العصمة إلا أن يكون تخييرًا مقيدًا مثل أن يقول لها : اختاري نفسك أو اختاري تطليقة أو تطليقتين ، ففي الخيار المطلق عند مالك : ليس لها إلا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث ، وإن اختارت واحدة ؛ لم يكن لها ذلك ، والمملَّكة لا يبطل تمليكها عنده إن لم توقع الطلاق حتى يطول الأمر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس ، والرواية الثانية : أنه يبقى لها التمليك إلى أن تردّ ، أو تطلق ، والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله إياها على تطليق نفسها أن في التوكيل له أن يعزلها قبل أن تطلق ، وليس له ذلك في التمليك ، وقال الشافعي : اختاري وأمرك بيدك سواء ، ولا يكون ذلك طلاقًا إلا أن ينويه ، وإن نواه فهو ما أراد إن واحدة فواحدة وإن ثلاثا فثلاث ، فله عنده أن يناكرها في الطلاق نفسه ، وفي العدد في الخيار أو التمليك ، وهي عنده إن طلقت نفسها رجعية ، وكذلك هي عند مالك في التمليك ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : الخيار ليس بطلاق ، فإن طلقت نفسها في التمليك واحدة فهي بائنة ، وقال الثوري : الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما ، وقد قيل : القول قولها في أعداد الطلاق في التمليك ، وليس للزوج مناكرتها ، وهذا القول مروي عن علي وابن المسيب ،

وبه قال الزهري وعطاء ، وقد قيل : إنه ليس للمرأة في التمليك ، إلا أن تطلق نفسها تطليقة واحدة ، وذلك مروي عن ابن عباس وعمر رضي الله عنهما ، روي أنه جاء ابن مسعود رجل فقال : كان بيني وبين امرأتي بعض ما يكون بين الناس ، فقالت : لو أن الذي بيدك من أمري بيدي لعلمت كيف أصنع ، قال : فإن الذي بيدي من أمرك بيدك ، قالت : فأنت طالق ثلاثًا ، قال : أراها واحدة وأنت أحق بها ما دامت في عدتها ، وسألقى أمير المؤمنين عمر ، ثم لقيه فقص عليه القصة فقال : صنع الله بالرجال وفعل ؛ يعمدون إلى ما جعل الله في أيديهم فيجعلونه بأيدي النساء بفيها التراب ، ماذا قلت فيها ؟ قال : قلت : أراها واحدة وهو أحق بها قال : وأنا أرى ذلك ، ولو رأيت غير ذلك ؛ علمت أنك لم تصب ، وقد قيل : ليس التمليك بشيء ؛ لأن ما جعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع إلى يد المرأة بجعل جاعل . وكذلك التخيير ، وهو قول أبي محمد ابن حزم وقول مالك في المملَّكة : إن لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة ، ما دامت في المجلس وهو قول الشافعي وأبي حنيفة والأوزاعي ، وجماعة فقهاء الأمصار ، وعند الشافعي أن التمليك إذا أراد به الطلاق كالوكالة ، وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك ما لم يوقع الطلاق ، وإنما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير ، وجعل ذلك للنساء لما ثبت من تخيير رسول الله ﷺ نساءه قالت عائشة : **خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، فلم يكن طلاقًا**[1] لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك أنهن لو اخترن أنفسهن ؛ طلقهن رسول الله ﷺ لا أنهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق . وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن التخيير والتمليك واحد في الحكم ؛ لأن من عرف دلالة اللغة أن من ملَّك إنسانا أمرًا من الأمور

(١) أخرجه البخاري (٩ /٣٦٧ رقم ٥٢٦٢ و ٥٢٦٣) ، ومسلم (٢ /١١٠٤ رقم ٢٧ /١٤٧٧) ، وأبو داود (٢ /٦٥٣ رقم ٢٢٠٣) ، والترمذي (٣ /٤٨٣ رقم ١١٧٩) ، والنسائي (٦ /١٦١) ، وابن ماجه (١ /٦٦١ رقم ٢٠٥٢) .

إن شاء أن يفعله ، أو لا يفعله فإنه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها : اختاريني أو اختاري نفسك ، أنه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله ﷺ نساءه ؛ لأن المفهوم منه إنما كان البينونة ، وإنما رأى مالك أنه لا يقبل قول الزوج في التمليك أنه لم يرد به **طلاقًا** إذا زعم ذلك ؛ لأنه لفظ ظاهر في معنى جعل الطلاق بيدها ، وأما الشافعَي فلما لم يكن اللفظ عنده نصا اعتبر فيه النية .

فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ أو دعوى النية ، وكذلك فعل في التخيير ، وإنما اتفقوا على أن له مناكرتها في العدد : أعني في لفظ التمليك ؛ لأنه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره ، وإنما رأى مالك والشافعي أنه إذا طلقت نفسها بتمليكه إياها طلقة واحدة أنها تكون رجعية ؛ لأن الطلاق إنما يحمل على العرف الشرعي وهو طلاق السنة ، وإنما رأى أبو حنيفة أنها بائنة ؛ لأنه إذا كان له عليها رجعة ؛ لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ، ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى أن لها أن تطلق نفسها في التمليك ثلاثًا ، وأنه ليس للزوج مناكرتها في ذلك ، فلأن معنى التمليك عنده إنما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهي مخيرة فيما توقعه من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير ، فإنما ذهب إلى أنه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، واحتياطًا للرجال ؛ لأن العلة في جعل الطلاق بأيدي الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة ، وجمهور العلماء على أن المرأة إذا اختارت زوجها أنه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم . وروي عن الحسن البصري أنها إذا اختارت زوجها فواحدة ، وإذا اختارت نفسها فثلاث ، فيتحصل في هذه المسألة الخلاف في ثلاثة مواضع :

أحدها : أنه لا يقع بواحد منهما طلاق .

والثاني : أنه تقع بينهما فرقة .

والثالث : الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة ، أعني أن تملك بالتخيير البينونة ، وبالتمليك ما دون البينونة ، وإذا قلنا بالبينونة فقيل : تملك واحدة ، وقيل : تملك الثلاث ؛ وإذا قلنا : إنها تملك واحدة ، فقيل : رجعية ، وقيل : بائنة . وأما حكم الألفاظ التي تجيب بها المرأة في التخيير والتمليك فهى ترجع إلى حكم الألفاظ التي يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة ، وسيأتي تفصيل ذلك عند التكلم في ألفاظ الطلاق .

• **الجملة الثانية :**

وفي هذه الجملة ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في ألفاظ الطلاق وشروطه .

الباب الثاني : في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لا يجوز .

الباب الثالث : في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لا يقع .

○ الباب الأول ○

[في ألفاظ الطلاق وشروطه]

وهذا الباب فيه فصلان: .

الفصل الأول : في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة .

الفصل الثاني : في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

○ الفصل الأول ○

[في أنواع ألفاظ الطلاق المطلقة]

أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع إذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية دون اللفظ ، أو باللفظ دون النية ، فمن اشترط فيه النية واللفظ الصريح فاتباعًا لظاهر الشرع ، وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ، ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين ؛ أوقعه بالنية فقط ، ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ فقط .

واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان : صريح ، وكناية . واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها، ونحن إنما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجري مجرى الأصول ، فقال مالك وأصحابه : الصريح هو لفظ الطلاق فقط ، وما عدا ذلك كناية ، وهي عنده على ضربين : ظاهرة ومحتملة ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وهي المذكورة في القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر : لا يقع طلاق إلا بهذه الثلاث . فهذا هو اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه . وإنما اتفقوا على أن لفظ الطلاق صريح ؛ لأن دلالته على هذا المعنى الشرعي دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهي مترددة بين أن يكون للشرع فيها تصرف : أعني أن تدل بعرف الشرع على المعنى الذي يدل عليه الطلاق ، أو هي باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت في هذا المعنى : أعني في معنى الطلاق ؛ كانت مجازًا إذ هذا هو معنى

الكناية : أعني اللفظ الذي يكون مجازًا في دلالته ، وإنما ذهب من ذهب إلى أنه لا يقع الطلاق إلا بهذه الألفاظ الثلاثة ؛ لأن الشرع إنما ورد بهذه الألفاظ الثلاثة وهي عبادة ، ومن شرطها اللفظ ، فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها . فأما اختلافهم في أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسألتان مشهورتان :

إحداهما : اتفق مالك والشافعي وأبو حنيفة عليها .

والثانية : اختلفوا فيها . فأما التي اتفقوا عليها ، فإن مالكًا والشافعي وأبا حنيفة قالوا : لا يقبل قول المطلق إذا نطق بألفاظ الطلاق أنه لم يرد به طلاقا إذا قال لزوجته أنت طالق ، وكذلك السراح والفراق عند الشافعي ،واستثنت المالكية **بأن قالت : إلا أن تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه** ، مثل أن تسأله أن يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها : أنت طالق .

وفقه المسألة عند الشافعي وأبي حنيفة أن الطلاق لا يحتاج عندهم إلى نية ؛ وأما مالك فالمشهور عنه أن الطلاق عنده يحتاج إلى نية ، لكن لم ينوه هـٰـهنا لموضع التهم ، ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع ، وذلك مما خالفه فيه الشافعي وأبو حنيفة ، فيجب على رأي من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ، ولا يحكم بالتهم أن يصدقه فيما ادعى .

• وأما المسألة الثانية :

فهي اختلافهم فيمن قال لزوجته : أنت طالق ، وادعى أنه أراد بذلك أكثر من واحدة إما ثنتين وإما ثلاثًا ، فقال مالك : هو ما نوى وقد لزمه ، وبه قال الشافعي ، إلا أن يقيد فيقول : طلقة واحدة ، وهذا القول هو المختار عند أصحابه ، وأما أبو حنيفة فقال : لا يقع ثلاثا بلفظ الطلاق ؛ لأن العدد لا يتضمنه لفظ الإفراد لا كناية ولا تصريحا .

وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ ، أو بالنية مع اللفظ

المحتمل فمن قال بالنية ، أوجب الثلاث ، وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى أن لفظ الطلاق يحتمل العدد ، ومن رأى أنه لا يحتمل العدد وأنه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال : لا يجب العدد وإن نواه ، وهذه المسألة اختلفوا فيها ، وهي من مسائل شروط ألفاظ الطلاق : أعني اشتراط النية مع اللفظ ، أو بانفراد أحدهما ، فالمشهور عن مالك أن الطلاق لا يقع إلا باللفظ والنية ، وبه قال أبو حنيفة ، وقد روي عنه أنه يقع باللفظ دون النية ، وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج إلى نية ، فمن اكتفى بالنية احتج بقوله ﷺ : « إنمَا الأعمالُ بالنِّيَّاتِ »[1]. ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الخَطأُ والنِّسْيانُ ومَا حَدَّثَتْ بِهِ أَنْفُسَها »[2] . والنية دون قول حديث نفس قال : وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها . واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن إذا قصد ذلك المطلق ، ولم يكن هنالك عوض ؟ فقيل : يقع ، وقيل : لا يقع ، وهذه المسألة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح ، فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ، ومنها ما هي كناية محتملة ، ومذهب مالك أنه إذا ادعى في الكناية الظاهرة إنه لم يرد طلاقًا ؛ لم يقبل قوله إلا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح ، وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات

---

(١) تقدم تخريجه في الطهارة .

(٢) تقدم تخريجه في الطهارة . ولا وجود له بهذا اللفظ بزيادة : « وحدثت به أنفسها » . بل الزيادة المذكورة في حديث مستقل . أخرجه البخاري (٩ /٣٨٨ رقم ٥٢٦٩) ، ومسلم (١ /١١٦ رقم ٢٠١ ، ٢٠٢ /١٢٧) من حديث أبي هريرة بلفظ « إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفُسَها ما لم تتكلم به أو تعمل » .
وأخرجه أبو داود (٢/٦٥٧ رقم ٢٢٠٩) ، والترمذي (٣ /٤٨٩ رقم ١١٨٣) ، والنسائي (٦ /١٥٦ –١٥٧) ، وابن ماجه (١ /٦٥٨ رقم ٢٠٤٠) وغيرهم .

الظاهرة وذلك في المدخول بها إلا أن يكون قال ذلك في الخلع . وأما غير المدخول بها فيصدقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث ؛ لأن طلاق غير المدخول بها بائن ، وهذه هي مثل قولهم : حبلك على غاربك ، ومثل ألبتة ، ومثل قولهم : أنت خلية وبرية . وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فإنه يرجع في ذلك ما نواه ، فإن كان نوى طلاقًا كان طلاقًا وإن كان نوى ثلاثًا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك ، وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي ، إلا أنه إذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين ؛ وقع عنده طلقة واحدة بائنة ، وإن اقترنت به قرينة تدل على الطلاق ، وزعم أنه لم ينوه لم يصدق ، وذلك إذا كان عنده في مذاكرته الطلاق ، وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها إذا اقترنت بها هذه القرينة إلّا أربع : حبلك على غاربك واعتدّي ، واستبرئي ، وتقنعي ؛ لأنها عنده من المحتملة غير الظاهرة ، وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك أنه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة ، وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا : ليس فيها شيء ، وإن نوى طلاقًا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال : قول : أن يصدق بإطلاق ، وهو قول الشافعي ، وقول : إنه لا يصدق بإطلاق إلا أن يكون هنالك قرينة ، وهو قول مالك ، وقول : إنه يصدق إلا أن يكون في مذاكرة الطلاق ، وهو قول أبي حنيفة .

وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل ، وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة إلى هذه الأصول ، وإنما صار مالك إلى أنه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة إنه لم يرد به طلاقًا ؛ لأن العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه . وذلك أن هذه الألفاظ إنما تلفظ بها الناس غالبا ، والمراد بها الطلاق ، إلا أن يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك ، وإنما صار إلى أنه لا يقبل قوله فيما يدعيه دون الثلاث ؛ لأن الظاهر من هذه الألفاظ هو البينونة ، والبينونة لا تقع إلا خلعًا عنده في

المشهور أو ثلاثًا ، وإذا لم تقع خلعًا لأنه ليس هناك عوض فبقي أن يكون ثلاثًا ، وذلك في المدخول بها ، ويتخرج على القول في المذهب بأن البائن تقع من دون عوض ، ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة ، وحجة الشافعي أنه إذا وقع الإجماع على أنه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق ؛ كان أحرى أن يقبل قوله في كنايته ؛ لأن دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ، ويشبه أن تقول المالكية : إن لفظ الطلاق وإن كان صريحًا في الطلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعي حديث ركانة المتقدم ، وهو مذهب عمر في : حبلك على غاربك ، وإنما صار الشافعي إلى أن الطلاق في الكنايات الظاهرة إذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيًا لحديث ركانة المتقدم ، وصار أبو حنيفة إلى أنه يكون بائنا ؛ لأنه المقصود به قطع العصمة ، ولم يجعله ثلاثًا لأن الثلاث معنى زائد على البينونة عنده .

فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية ، أو النية على عرف اللفظ ؟ وإذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضي البينونة فقط أو العدد ؟ فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ، ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت إلى النية ، ومما اختلف فيه الصدر الأول وفقهاء الأمصار من هذا الباب : أعني من جنس المسائل الداخلة في هذا الباب لفظ التحريم : أعني من قال لزوجته : أنت علي حرام ، وذلك أن مالكًا قال : يحمل في المدخول بها على البتّ : أي الثلاث وينوي في غير المدخول بها ، وذلك على قياس قوله المتقدم في الكنايات الظاهرة ، وهو قول ابن أبي ليلى وزيد بن ثابت ، وعليّ من الصحابة ، وبه قال أصحابه إلا ابن الماجشون فإنه قال : لا ينوي في غير المدخول بها وتكون ثلاثًا ، فهذا هو أحد الأقوال في هذه المسألة .

والقول الثاني : إنه إن نوى بذلك ثلاثًا فهي ثلاث ، وإن نوى واحدة فهي واحدة بائنة ، وإن نوى يمينًا فهو يمين يكفرها ، وإن لم ينو به طلاقًا ولا يمينًا

فليس بشيء ، هي كذبة ، وقال بهذا القول الثوري .

والقول الثالث : أنه يكون أيضا ما نوى بها وإن نوى واحدة فواحدة ، أو ثلاثًا فثلاث ، وإن لم ينو شيئًا فهو يمين يكفرها ، وهذا القول قاله الأوزاعي .

والقول الرابع : أن ينوي فيها في الموضعين في إرادة الطلاق وفي عدده ، فما نوى كان ما نوى ، فإن نوى واحدة ؛ كان رجعيًا ، وإن أراد تحريمها بغير طلاق ؛ فعليه كفارة يمين ، وهو قول الشافعي .

والقول الخامس : أنه ينوي أيضًا في الطلاق وفي العدد ، فإن نوى واحدة ؛ كانت بائنة ، فإن لم ينو طلاقًا ؛ كان يمينًا وهو مولٍ ، فإن نوى الكذب فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه .

والقول السادس : إنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين ، إلّا أن بعض هؤلاء قال : يمين مغلظة ، وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين ، وقال ابن عباس وقد سئل عنها : ﴿ **لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة** ﴾[1] خرجه البخاري[2] ومسلم[3] ذهب إلى الاحتجاج بقوله تعالى : ﴿ **يَأَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللهُ لك** ﴾[4] الآية .

والقول السابع : أن تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس فيه كفارة ولا طلاق لقوله تعالى : ﴿ **لا تُحَرِّمُوا طَيبات ما أَحَلَّ اللّٰهُ لكُمْ** ﴾[5] وهو قول مسروق

---

(١) الأحزاب : (٢١) .

(٢) في صحيحه (٩/ ٣٧٤ رقم ٥٢٦٦) .

(٣) في صحيحه (٢ / ١١٠٠ رقم ١٨ ، ١٩/ ١٤٧٣) .
من حديث ابن عباس ، وليس فيه ذكر السؤال .

(٤) التحريم : (١) .

(٥) المائدة : (٨٧) .

والأجدع وأبي سلمة بن عبد الرحمن والشعبي وغيرهم . ومن قال فيها : إنها غير مغلظة ، بعضهم أوجب فيها الواجب في الظهار ، وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة .

وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية؟ أو ليس بيمين ولا كناية ؟ فهذه أصول ما يقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

○ الفصل الثاني ○

[في ألفاظ الطلاق المقيدة]

والطلاق المقيد لا يخلو من قسمين : إما تقييد اشتراط ، أو تقييد استثناء ، والتقييد المشترط لا يخلو أن يعلق بمشيئة من له اختيار ، أو بوقوع فعل من الأفعال المستقبلة ، أو بخروج شيء مجهول العلم إلى الوجود على ما يدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل إلى علمه إلا بعد خروجه إلى الحس ، أو إلى الوجود أو بما لاسبيل إلى الوقوف عليه مما هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فإنه لا يخلو أن يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق ، فإذا علقه بمشيئة الله ، وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول : أنت طالق إن شاء الله ، أو على جهة الاستثناء مثل أن يقول : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، فإن مالكًا قال : لا يؤثر الاستثناء في الطلاق شيئًا ، وهو واقع ولابد . وقال أبو حنيفة والشافعي : إذا استثنى المطلق مشيئة الله ؛ لم يقع الطلاق .

وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالأفعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالأفعال المستقبلة ، أو لا يتعلق ؟ وذلك أن الطلاق هو فعل حاضر ، فمن قال : لا يتعلق به قال : لا يؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ، ومن قال : يتعلق به قال : يؤثر فيه . وأما إن علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئتة ويتوصل إلى علمها ، فلا خلاف في مذهب مالك أن الطلاق يقف على اختيار الذي علق الطلاق بمشيئتة . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لا مشيئة له ، ففيه خلاف في المذهب ، قيل : يلزمه الطلاق ، وقيل : لا يلزمه ، والصبي والمجنون داخلان في

هذا المعنى ؛ فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل ، عنده يقع قال : يقع هذا الطلاق ، ومن اعتبر وجود الشرط قال : لا يقع ؛ لأن الشرط قد عدم هٰـهنا . وأما تعليق الطلاق بالأفعال المستقبلة ، فإن الأفعال التي يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب :

أحدها : ما يمكن أن يقع أو لا يقع على السواء : كدخول الدار وقدوم زيد ، فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف .

وأما ما لابد من وقوعه كطلوع الشمس غدًا ، فهذا يقع ناجزًا عند مالك ، ويقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط ، فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع ؛ قال : لا يقع إلا بوقوع الشرط ، ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئًا مستباحًا إلى أجل ؛ قال : يقع الطلاق .

والثالث : هو الأغلب منه بحسب العادة وقوع الشرط ، وقد لا يقع كتعليق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ، ففي ذلك روايتان عن مالك :

إحداهما : وقوع الطلاق ناجزًا .

والثانية : وقوعه على وجود شرطه ، وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي ، والقول بإنجاز الطلاق في هذا يضعف ؛ لأنه مشبه عنده بما يقع ولابـد . والخلاف فيه قوي ، وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فإن كان لا سبيل إلى علمه مثل أن يقول : إن كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتا بصفة كذا ؛ فأنت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الطلاق يقع في هذا ، وأما إن علقه بشيء يمكن أن يعلم بخروجه إلى الوجود مثل أن يقول : إن ولدت أنثى فأنت طالق فإن الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء إلى الوجود . وأما إن حلف بالطلاق أنها تلد أنثى ، فإن الطلاق في الحين يقع عنده ، وإن ولدت أنثى ، وكان هذا من باب التغليظ ، والقياس يوجب أن يوقف الطلاق

على خروج ذلك الشيء أو ضده ، ومن قول مالك : إنه إذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط أن يفعل فعلًا من الأفعال أنه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل ، وإذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الأفعال فإنه على الحنث حتى يفعل ، ويوقف عنده عن وطء زوجته ، فإن امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الإيلاء ؛ ضرب له أجل الإيلاء ، ولكن لَا يقع عنده حتى يفوت الفعل إن كان مما يقع فوته ، ومن العلماء من يرى أنه على برٍّ حتى يفوت الفعل ، وإن كان مما لا يفوت ؛ كان على البر حتى يموت . ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلقة ، أو تبعيض الطلاق ، وإرداف الطلاق على الطلاق . فأما مسألة تبعيض المطلقة ، فإن مالكًا قال : إذا قال : يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه ، وقال أبو حنيفة : لا تطلق إلا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج ، وكذلك تطلق عنده إذا طلق الجزء منها ، مثل الثلث أو الربع ، وقال داود : لا تطلق ، وكذلك إذا قال عند مالك : طلقتك نصف تطليقة ، طلقت ؛ لأن هذا كله عنده لا يتبعض ، وعند المخالف إذا تبعض ؛ لم يقع ، وأما إذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق نسقا ؛ فإنه يكون ثلاثا عند مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يقع واحدة ، فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد ، أعني بقوله طلقتك ثلاثًا قال : يقع الطلاق ثلاثًا ، ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه ؛ قال : لا يقع عليها الثاني والثالث ، ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء ، فإنما يتصور في العدد فقط ، فإذا طلق أعدادًا من الطلاق ، فلا يخلو من ثلاثة أحوال : إما أن يستثني ذلك العدد بعينه ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثًا إلّا ثلاثًا ، أو اثنتين إلا اثنتين ، وإما أن يستثني ما هو أقل . وإذا استثنى ما هو أقل ، فإما أن يستثني ما هو أقل مما هو أكثر ، وإما أن يستثنى ما هو أكثر مما هو أقل ، فإذا استثنى الأقل من الأكثر ؛ فلا خلاف

أعلمه أن الاستثناء يصح ويسقط المستثنى ، مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثًا إلا واحدة . وأما إن استثنى الأكثر من الأقل فيتوجه فيه قولان : **أحدهما** : أن الاستثناء لا يصح وهو مبنيّ على من منع أن يستثنى الأكثر من الأقل. **والآخر**: أن الاستثناء يصح ، وهو قول مالك . وأما إذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول : أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا ، فإن مالكًا قال : يقع الطلاق ؛ لأنه اتهمه على أنه رجوع منه . وأما إذا لم يقل بالتهمة ، وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه ، كما لو قال أنت طالق لا طالق معًا ، فإن وقوع الشيء مع ضده مستحيل . وشذ أبو محمد بن حزم فقال : لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع ؛ لأن الطلاق لا يقع في وقت وقوعه إلا بإيقاع من يطلق في ذلك الوقت ، ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا إجماع على وقوع طلاق في وقت لم يوقعه فيه المطلق ، وإنما ألزم نفسه إيقاعه فيه ، فإن قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع ، هذا قياس قوله عندي وحجته ، وإن كنت لست أذكر في هذا الوقت احتجاجه في ذلك .

○ الباب الثاني ○

[في المطلق الجائز الطلاق]

واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحرِ غير المكره ، واختلفوا في طلاق المكره والسكران ، وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض إن صح ، واختلفوا هل ترثه إن مات أم لا ؟ فأما طلاق المكرَه فإنه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبد الله ابن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس ، وفرّق أصحاب الشافعي بين أن ينوي الطلاق أو لا ينوي شيئًا ، فإن نوى الطلاق فعنهم قولان : أصحهما لزومه ، وإن لم ينو فقولان : أصحهما أنه لا يلزم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هو واقع ، وكذلك عتقه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق .

وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الإكراه مختار ، أم ليس بمختار؟ لأنه ليس يكره على اللفظ إذ كان اللفظ إنما يقع باختياره . والمكره على الحقيقة هو الذي لم يكن له اختيار في إيقاع الشيء أصلًا ، وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله ﷺ : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه »[1] ولكن الأظهر أن المكره على الطلاق وإن كان موقعا للفظ باختياره أنه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمانِ ﴾[2] .

---

(١) تقدم تخريجه في الطهارة .

(٢) النحل (١٠٦) .

وإنما فرق أبو حنيفة بين البيع والطلاق ؛ لأن الطلاق مغلظ فيه ، ولذلك استوى جده وهزله . وأما طلاق الصبي ، فإن المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ ، وقال في مختصر ما ليس في المختصر . أنه يلزمه إذا ناهز الاحتلام ، وبه قال أحمد ابن حنبل إذا هو أطاق صيام رمضان ، وقال عطاء : إذا بلغ اثنتي عشرة سنة ؛ جاز طلاقه ، وروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وأما طلاق السكران ، فالجمهور من الفقهاء على وقوعه ، وقال قوم : لا يقع ، منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة .

والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال : هو والمجنون سواء إذ كان كلاهما فاقدًا للعقل ، ومن شرط التكليف العقل قال : لا يقع ، ومن قال : الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بإدارته ، والمجنون بخلاف ذلك ؛ ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه ، واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الأحكام وما لا يلزمه . فقال مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ، ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء ، وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف ، وكل ما جنته جوارحه فلازم له ، فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال : إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه ؛ ليس نصا في إلزام السكران الطلاق ؛ لأن السكران معتوه مًّا ، وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعني أن طلاقه ليس يلزم ، وعن الشافعي القولان في ذلك ، واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور ، واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع . وأما المريض الذي يطلق طلاقًا بائنًا ويموت من مرضه ، فإن مالكًا وجماعة

يقول : ترثه زوجته ، والشافعي وجماعة لا يورّثها . والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق : ففرقة قالت : لها الميراث ما دامت في العدة ، وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم : لها الميراث ما لم تتزوج ، وممن قال بهذا : أحمد وابن أبي ليلى ؛ وقال قوم : بل ترث كانت في العدة أو لم تكن ، تزوجت أم لم تتزوج ، وهو مذهب مالك والليث .

وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسدِّ الذرائع ، وذلك أنه لما كان المريض يتهم في أن يكون إنما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث ، فمن قال بسد الذرائع ؛ أوجب ميراثها ، ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق ؛ لم يوجب لها ميراثًا ، وذلك أن هذه الطائفة تقول : إن كان الطلاق قد وقع فيجب أن يقع بجميع أحكامه ؛ لأنهم قالوا : إنه لا يرثها إن ماتت ، وإن كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع أحكامها ، ولابد لخصومهم من أحد الجوابين ، لأنه يعسر أن يقال : إنَّ في الشرع نوعًا من الطلاق توجد له بعض أحكام الطلاق وبعض أحكام الزوجية ، وأعسر من ذلك القول بالفرق بين أن يصح أو لا يصح ؛ لأن هذا يكون طلاقًا موقوف الحكم إلى أن يصح أو لا يصح ، وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ، ولكن إنما أنس القائلون به أنه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية أنه إجماع الصحابة ، ولا معنى لقولهم ، فإن الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور . وأما من رأى أنها ترث في العدة ؛ فلأن العدة عنده من بعض أحكام الزوجية ، وكأنه شبهها بالمطلقة الرجعية ، وروي هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من اشترط في توريثها ما لم تتزوج ، فإنه لحظ في ذلك إجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لا ترث زوجين ، ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا إذا طلبت هي الطلاق أو ملَّكها أمرها الزوج فطلقت نفسها ، فقال أبو حنيفة : لا ترث أصلا ، وفرق الأوزاعي بين التمليك والطلاق فقال : ليس لها الميراث في التمليك

ولها في الطلاق ، وسوّى مالك في ذلك كله حتى لقد قال : إن ماتت لا يرثها وترثه هي إن مات ، وهذا مخالف للأصول جدا .

○ الباب الثالث ○

[فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لا يتعلق]

وأما من يقع طلاقه من النساء ، فإنهم اتفقوا على أن الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن ، أو قبل أن تنقَضي عددهن في الطلاق الرجعي ، وأنه لا يقع على الأجنبيات : أعني الطلاق المعلق . وأما تعليق الطلاق على الأجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول : إن نكحت فلانة فهي طالق ، فإن للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب : قول : إن الطلاق لا يتعلق بأجنبية أصلا عمّ المطلق أو خص ، وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وقول إنه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص ، وهو قول أبي حنيفة وجماعة ، وقول : إنه إن عم جميع النساء لم يلزمه ، وإن خصص لزمه ، وهو قول مالك وأصحابه ، أعني مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها من بني فلان ، أو من بلد كذا فهي طالق ، وكذلك في وقت كذا ، فإن هؤلاء يطلقن عند مالك إذا زوجن .

وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه ؟ فمن قال هو من شرطه قال : لا يتعلق الطلاق بالأجنبية ، ومن قال : ليس من شرطه إلا وجود الملك فقط قال : يقع بالأجنبية . وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنّي على المصلحة ، وذلك أنه إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم ؛ لم يجد سبيلًا إلى النكاح الحلال ، فكان ذلك عنتًا به وحرجًا ، وكأنه من باب نذر المعصية ، وأما إذا خصص ؛ فليس الأمر كذلك إذا ألزمناه الطلاق ، واحتج الشافعي بحديث عمرو بن شعيب عن

أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طَلاقَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ نِكاحٍ »[1] وفي رواية أخرى : « لا طَلاقَ فِيما لا يَمْلِكُ ولا عِتْقَ فِيما لاَ يَمْلكُ »[1] وثبت ذلك عن علي[2] ومعاذ[3] ....

(١) أخرجه أبو داود (٢ /٦٤٠ رقم ٢١٩٠) ، والترمذي (٣ /٤٨٦ رقم ١١٨١) ، وابن ماجه (١ /٦٦٠ رقم ٢٠٤٧) ، وابن الجارود (رقم ٧٤٣) ، والطحاوي في مشكل الآثار (١ /٢٨٠ و ٢٨١) ، والبيهقي (٧ /٣١٨) ، والطيالسي (١ /٣١٤ رقم ١٦١٠ - منحة المعبود) ، والحاكم (٢ /٣٠٤ -٣٠٥) وأحمد (٢ /١٨٩، ١٩٠، ٢٠٧) ، والدارقطني (٤ /١٤ -١٥) من طرق عن عمرو ابن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه . مطولا ومختصراً باللفظين اللذين ذكرهما ابن رشد . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب ، وسألت محمد بن إسماعيل - البخاري - أي شيء أصح في الطلاق قبل النكاح ؟ فقال : حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وانظر « نصب الراية » (٣ /٢٣١) .

قلت : وله شاهد من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما : أخرجه الطيالسي في المسند (رقم ١٦٨٢) ، والبيهقي (٧ /٣١٩) ، والحاكم (٢ /٢٠٤) .

(٢) أخرج أبو داود (٣/٢٩٣ رقم ٢٨٧٣) ، والطحاوي في مشكل الآثار (١/٢٨٠) ، والطبراني في المعجم الصغير (١ /١٦٩ رقم ٢٦٦ - الروض الداني) ..

عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : « حفظتُ لكم من رسول الله ﷺ ستا : لا طلاق إلا من بعد نكاح ، ولا عِتاقَ إلا من بعد مُلك ، ولا وفاءَ لِنَذْرٍ في معصيةٍ ، ولا يُتم بعد احتلام ، ولا صُماتَ يوم إلى الليل ، ولا وصالَ في الصيام » .

قلت : واقتصر أبو داود على قوله : « لا يُتم بعد احتلام ، ولا صمات يوم إلى الليل » وإسناده ضعيف .

وسكت عنه أبو داود ، وحسن إسناده النووي في الأذكار (ص ٦٢٣ رقم ١٠٦٠/١) وصححه الألباني في صحيح أبي داود .

قلت : وله شواهد من حديث جابر وغيره كما سيأتي . فالحديث حسن بشواهده . والله أعلم .

(٣) أخرجه الحاكم (٤١٩/٢) ، والبيهقي (٣٢٠/٧) ، وأبو نعيم في الحلية (١٦٥/٣) =

وجابر بن عبد الله[1] وابن عباس[2] وعائشة[3] ، وروي مثل قول أبي حنيفة عن عمر وابن مسعود . وضعَّف قوم الرواية بذلك عن عمر رضي الله عنهم .

= عن معاذ بن جبل ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لا طلاق لمن لا يملك ، ولا عتاق لمن لا يملك » .

وقد صححه الحاكم على شرطهما ، وأقره الذهبي غافلا عن كون رواية طاووس عن معاذ مرسلة .

(١) أخرجه الحاكم (٢/ ٤١٩ ، ٤٢٠) ، والبيهقي (٧/ ٣١٩ - ٣٢٠) ، والطيالسي (١/ ٣١٤ رقم ١٦٠٩ - منحة المعبود) ، وابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ١٦) ، وعزاه الهيثمي في المجمع (٤/ ٣٣٤) للطبراني في الأوسط .

عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتاق إلا من بعد ملك » .

وقد صححه الحاكم على شرطهما .

(٢) أخرجه الحاكم (٢/ ٤١٩) وصححه .

عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « لا طلاق لمن لا يملك » .

● وأخرجه الحاكم أيضا (٢/ ٤١٩) موقوفا على ابن عباس من طريق فطر بن خليفة عن الحسن بن مسلم بن ينّاق عن طاووس عن ابن عباس : أنه تلا قوله تعالى : ﴿ يـأيها الذين آمنوا إذا نكحتُمُ المؤمناتِ ثم طلقتموهُنَّ من قبل أن تمسوهُنَّ ﴾ [الأحزاب : ٤٩] فلا يكون طلاق حتى يكون نكاح ثم قال : صحيح الإسناد .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٦) ، والدارقطني (٤/ ١٦١٥ رقم ٤٥ ، ٤٦) ، والحاكم (٢/ ٤١٩) وغيرهم .

عن عائشة رضي الله عنها ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » .

ونقل الترمذي في العلل عن البخاري أنه قال في حديث عائشة وحديث عمرو ابن شعيب : هما أصح ما ورد في الباب [كما في فتح الباري (٩/ ٣٨٢)] .

○ الجملة الثالثة ○

[في الرجعة بعد الطلاق]

ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعي ، وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعي وجب أن يكون في هذا الجنس بابان :

الباب الأول : في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي .

الباب الثاني : في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

○ الباب الأول ○

[في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعي]

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ؛ ما دامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى : ﴿ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ** ﴾[1]. وأن من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له ، واتفقوا على أنها تكون بالقول والإشهاد . واختلفوا هل الإشهاد شرط في صحتها ، أم ليس بشرط ؟ وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء ؟ فأما الإشهاد فذهب مالك إلى أنه مستحب ، وذهب الشافعي إلى أنه واجب .

وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر ، وذلك أن ظاهر قوله تعالى :﴿ **وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ** ﴾[2] يقتضي الوجوب ، وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان يقتضي أن لا يجب الإشهاد ، فكان الجمع بين القياس والآية ؛ حمل الآية على الندب.وأما اختلافهم فيما تكون به الرجعة ، فإن قومًا قالوا : لا تكون الرجعة إلا بالقول فقط ، وبه قال الشافعي ، وقوم قالوا : تكون رجعتها بالوطء ، وهؤلاء انقسموا قسمين : فقال قوم : لا تصح الرجعة بالوطء إلا إذا نوى بذلك الرجعة ؛ لأن الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية ، وهو قول مالك ، وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء إذا نوى بذلك الرجعة ودون النية ، فأما الشافعي فقاس الرجعة على النكاح وقال : قد أمر الله بالإشهاد ، ولا يكون الإشهاد إلا على القول .

---

(١) البقرة : (٢٢٨) .

(٢) الطلاق : (٢) .

وأما سبب الاختلاف بين مالك وأبي حنيفة فإن أبا حنيفة يرى أن الرجعية محللة الوطء عنده قياساً على المولى منها وعلى المظاهرة ولأن الملك لم ينفصل عنده ، ولذلك كان التوارث بينهما ، وعند مالك أن وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها ، فلابد عنده من النية ، فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة . واختلفوا في مقدار ما يجوز للزوج أن يطلع عليه من المَطلقة الرجعية ما دامت في العدة ، فقال مالك : لا يخلو معها ولا يدخل عليها إلا بإذنها ولا ينظر إلى شعرها ، ولا بأس أن يأكل معها إذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم أنه رجع عن إباحة الأكل معها ، وقال أبو حنيفة : لا بأس أن تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له ، وتتشوف وتبدي البنان والكحل ، وبه قال الثوري وأبو يوسف والأوزاعي ، وكلهم قالوا : لا يدخل عليها إلا أن تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل . واختلفوا في هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ، ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج إذا انقضت عدتها ، فذهب مالك إلى أنها للذي عقد عليها النكاح دخل بها أو لم يدخل ، هذا قوله في الموطأ ، وبه قال الأوزاعي والليث . وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الأول ، وأنه قال : الأول أولى بها إلا أن يدخل الثاني ، وبالقول الأول قال المدنيون من أصحابه قالوا : ولم يرجع عنه ؛ لأنه أثبته في موطئه إلى يوم مات وهو يقرأ عليه ، وهو قول عمر بن الخطاب ، ورواه عنه مالك في الموطأ ، وأما الشافعي والكوفيون وأبو حنيفة وغيرهم فقالوا : زوجها الأول الذي ارتجعها أحق بها دخل بها الثاني أو لم يدخل ، وبه قال داود وأبو ثور ، وهو مروي عن علي وهو الأبين ، وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في هذه المسألة : إن الزوج الذي ارتجعها مخير بين أن تكون امرأته أو أن يرجع عليها بما كان أصدقها ، وحجة مالك في الرواية الأولى ما رواه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة في الذي يطلق امرأته

ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجًا غيره ، أنه ليس له من أمرها شيء ، ولكنها لمن تزوجها ، وقد قيل : إن هذا الحديث إنما يُروى عن ابن شهاب فقط ، وحجة الفريق الأول أن العلماء قد أجمعوا على أن الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة ، بدليل أنهم قد أجمعوا على أن الأول أحق بها قبل أن تتزوج ، وإذا كانت الرجعة صحيحة ، كان زواج الثاني فاسدًا ، فإن نكاح الغير لا تأثير له في إبطال الرجعة ، لا قبل الدخول ولا بعد الدخول ، وهو الأظهر إن شاء الله ، ويشهد لهذا ما خرجه الترمذي[1] عن سمرة بن جندب أن النبي ﷺ قال : « أيمَا امْرأةٍ تَزَوَّجَها اثْنان فَهي للأَوَّلِ مِنْهُما ، وَمَنْ باعَ بيَعا مِنْ رَجُلَيْنِ فَهُوَ لِلأَوَّلِ مِنْهُما » .

(١) في السنن (٣ /٤١٨ رقم ١١١٠) وقال : حديث حسن .
وقد تقدم تخريجه في الفصل الأول في الأولياء ، الموضع الثالث ، المسألة الثالثة .

○ الباب الثاني ○

[في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن]

والطلاق البائن ، إما بما دون الثلاث ، فذلك يقع في غير المدخول بها بلا خلاف ، وفي المختلعة باختلاف ، وهل يقع أيضا دون عوض ؟ فيه خلاف ، وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم ابتداء النكاح : أعني في اشتراط الصداق والولي والرضا ، إلا أنه لا يعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور ، وشذ قوم فقالوا : المختلعة لا يتزوجها زوجها في العدة ولا غيره، وهؤلاء كأنهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة . وأما البائنة بالثلاث ، فإن العلماء كلهم على أن المطلقة ثلاثًا لا تحل لزوجها الأول إلا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموءل « أنه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله ﷺ ثلاثًا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير ، فاعترض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رِفَاعَةُ زوجها الأول أن ينكحها ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فنهاه عن تزويجها وقال : لا تَحِلُّ لك حتى تَذُوقَ العُسَيْلَةَ »[1] وشذ سعيد بن المسيب فقال . إنه جائز أن ترجع إلى

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٥٣١ رقم ١٧) .
عن المسور بنِ رِفاعةَ القرظيِّ ، عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ؛ أنَّ رفاعة بن سِمْوَالٍ طَلَّقَ امرأتَهُ تميمة بنت وهبٍ .. فذكره . وهو مرسل .

● وأخرجه البخاري (٥ /٢٤٩ رقم ٢٦٣٩) ، ومسلم (٢ /١٠٥٥ -١٠٥٦ رقم ١١١ و ١١٢ /١٤٣٣) ، وأبو داود (٢ /٧٣١ رقم ٢٣٠٩) ، والترمذي (٣ /٤٢٦ رقم ١١١٨) ، والنسائي (٦ /١٤٨) ، وابن ماجه (١ /٦٢١ رقم ١٩٣٢) وغيرهم .

من حديث عائشة ، قالت : « جاءتِ امرأةُ رفاعةَ القرظيِّ إلى النبي ﷺ فقالت :=

زوجها الأول بنفس العقد ، لعموم قوله تعالى : ﴿ حتى تَنْكِحَ زَوْجا غَيْرَهُ ﴾[1]. والنكاح ينطلق على العقد ، وكلهم قال : التقاء الختانين يحلها ، إلا الحسن البصري فقال : لا تحل إلا بوطء بإنزال . وجمهور العلماء على أن الوطء الذي يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق : هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم : لا يحل المطلقة إلا الوطء المباح الذي يكون في العقد الصحيح في غير صوم ، أو حج أو حيض أو اعتكاف ، ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمي لمسلم ، ولا وطء من لم يكن بالغًا ، وخالفهما في ذلك كله الشافعي وأبو حنيفة والثوري والأوزاعي ؛ فقالوا : يحل الوطء وإن وقع في عقد فاسد أو وقت غير مباح . وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ، ويحل وطء الذمي الذمية للمسلم ، وكذلك المجنون عندهم ، والخصيّ الذي يبقى له ما يغيبه في فرج ، والخلاف في هذا كله آيل إلى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص ، أم لا يتناوله ؟ واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل : أعني إذا تزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الأول ؛ فقال مالك : النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده ، والشرط فاسد لا تحل به ، ولا يعتبر في ذلك عنده إرادة المرأة التحليل ، وإنما يعتبر عنده إرادة الرجل ، وقال الشافعي وأبو حنيفة النكاح جائز ، ولا تؤثر النية في ذلك ، وبه قال داود وجماعة وقالوا : هو محلل للزوج المطلق ثلاثًا ، وقال بعضهم : النكاح جائز

= كنتُ عند رفاعةَ فطلَّقني فبت طلاقي ، فتزوجتُ بعدهُ عبد الرحمن بن الزبير ، وإنما معهُ مثلُ هُدبةِ الثوب ،فقال : أتريدين أنْ ترجعي إلى رفاعة ؟ لا . حتى تزوقي عُسيلتَهُ ويذوق عُسَيلتكِ » .

● هدبة الثوب : هي طرفه الذي لم ينسج . شبهوها بهدب العين وهو شعر جفنها ، تعني : أن متاعه رخو كهدبة الثوب .

● عُسيلته : تصغير عسلة . وهي كناية عن الجماع ...

(١) البقرة : (٢٣٠) .

والشرط باطل : أي ليس يحللها ، وهو قول ابن أبي ليلى ، وروي عن الثوري ، واستدل مالك وأصحابه بما روي عن النبي ﷺ من حديث علي بن أبي طالب وابن مسعود ، وأبي هريرة ، وعقبة بن عامر أنه قال ﷺ « لَعَنَ اللّهُ المُحَلِّلَ والمُحَلَّلَ لَهُ »[1]. فلعنه إياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر ، وذلك يدل على النهي ، والنهي يدل على فساد المنهيّ عنه ، واسم النكاح الشرعي لا ينطلق على النكاح المنهي عنه . وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى : ﴿ **حتى تنكح زوجا غيره** ﴾[2]. وهذا ناكح ، وقالوا : وليس في تحريم قصد التحليل ما يدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح ، كما أنه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة ، مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة ، أو الإذن من مالكها في ذلك ، قالوا : وإذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فأحرى أن لا يدل على بطلان التحليل ، وإنما لم يعتبر مالك قصد المرأة ، لأنه إذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع أن الطلاق ليس بيدها . واختلفوا في هل يهدم الزوج ما دون الثلاث ؟ فقال أبو حنيفة : يهدم ، وقال مالك والشافعي : لا يهدم : أعني إذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الأول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الأول ، أم لا ؟ فمن رأى أن هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال : لا يهدم ما دون الثالثة عنده ، ومن رأى أنه إذا هدم الثالثة ؛ فهو أحرى أن يهدم ما دونها قال : يهدم ما دون الثلاث ، والله أعلم .

---

(١) تقدم تخريجه من حديث علي بن أبي طالب ، وابن مسعود ، وعقبة بن عامر ، وأبي هريرة . في الأنكحة المنهي عنها .

(٢) البقرة : (٢٣٠) .

الجملة الرابعة

وهذه الجملة فيها بابان : الأول : في العدة . الثاني : في المتعة .

○ الباب الأول ○

[في العدة]

والنظر في هذا الباب في فصلين : الفصل الأول : في عدة الزوجات :
الفصل الثاني : في عدة ملك اليمين .

○ الفصل الأول ○

[في عدة الزوجات]

والنظر في عدة الزوجات ينقسم إلى نوعين : **أحدهما** : في معرفة العدة . **والثاني** : في معرفة أحكام العدة .

• **النوع الأول :**

وكل زوجة فهي إما حرة وإما أمة ، وكل واحدة من هاتين إذا طلقت ، فلا يخلو أن تكون مدخولًا بها أو غير مدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا عدة عليها بإجماع لقوله تعالى : ﴿ **فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونها** ﴾[1] . وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض ، أو من غير ذوات الحيض . وغير ذوات الحيض إما صغار وإما يائسات ، وذوات الحيض إما حوامل ، وإما جاريات على عاداتهن في الحيض ، وإما مرتفعات الحيض ، وإما مستحاضات . والمرتفعات الحيض في سن الحيض إما مرتابات بالحمل : أي بحس في البطن ، وإما غير مرتابات . وغير المرتابات إما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض ، وإما غير معروفات . فأما ذوات الحيض الأحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء ، والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن ، واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ، ولا خلاف في هذا ؛ لأنه منصوص عليه في قوله تعالى : ﴿ **والمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بأنْفُسِهِنَّ ثَلاثَةَ قُرُوءٍ** ﴾[2] الآية ، وفي

---

(١) الأحزاب : (٤٩) .

(٢) البقرة : (٢٢٨) .

قوله تعالى : ﴿ واللَّائي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ ﴾[٣] الآية . واختلفوا من هذه الآية في الأقراء ما هي ؟ فقال قوم : هي الأطهار : أعني الأزمنة التي بين الدمين . وقال قوم : هي الدم نفسه ، وممن قال : إن الأقراء هي الأطهار . أما من فقهاء الأمصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة ، وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ، وممن قال : إن الأقراء هي الحيض . أما من فقهاء الأمصار فأبو حنيفة والثوري والأوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة ، وأما من الصحابة فعلي ، وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الأشعري . وحكى الأثرم عن أحمد أنه قال : الأكابر من أصحاب رسول الله ﷺ يقولون : الأقراء هي الحيض . وحكي أيضًا عن الشعبي أنه قول أحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله ﷺ . وأما أحمد بن حنبل فاختلفت الرواية عنه ، فروي عنه أنه كان يقول : إنها الأطهار على قول زيد ابن ثابت وابن عمر وعائشة ، ثم توقفت الآن من أجل قول ابن مسعود وعلي هو أنها الحيض ، والفرق بين المذهبين هو أن من رأى أنها الأطهار ؛ رأى أنها إذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة ؛ لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للأزواج ، ومن رأى أنها الحيض ؛ لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة .

وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء ، فإنه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الأطهار ، وقد رام كلا الفريقين أن يدل على أن اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه ، فالذين قالوا : إنها الأطهار قالوا : إن هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر ، وذلك أن القرء الذي هو الحيض يجمع على أقراء لا على قروء ، وحكوا ذلك عن ابن الأنباري ، وأيضًا فإنهم قالوا : إن الحيضة مؤنثة والطهر مذكر ، فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء ، لأن الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيما دون العشرة ، وقالوا أيضا :

---

(١) الطلاق : (٤) .

إن الاشتقاق يدل على ذلك ، لأن القرء مشتق من قرأت الماء في الحوض : أي جمعته ، فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر ، فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الأول من ظاهر الآية ، وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فإنهم قالوا : إن قوله تعالى : ﴿ **ثلاثة قروء** ﴾[1] ظاهر في تمام كل قرء منها ؛ لأنه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه إلا تجوُّزا ، وإذا وصفت الأقراء بأنها هي الأطهار أمكن أن تكون العدة عندهم بقرءين وبعض قرء ؛ لأنها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه ، وإن مضى أكثره ، وإذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة إلا تجوّزا ، واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها ، وذلك لا يتفق إلا بأن تكون الأقراء هي الحيض ؛ لأن الإجماع منعقد على أنها إن طلقت في حيضة أنها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء ، والذي رضيه الحذاق أن الآية مجملة في ذلك ، وأن الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى ، فمن أقوى ما تمسك به من رأى أن الأقراء هي الأطهار حديث ابن عمر المتقدم[2] ، وقوله ﷺ « مُرْهُ فَلْيُراجعها حتى تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهُرَ ، ثُمَّ يُطَلِّقها إنْ شاءَ قَبْلَ أنْ يَمَسَّها ، فَتِلْكَ العِدَّةُ التي أمَرَ اللّهُ أنْ يُطَلَّقَ لهَا النِّساءُ » قالوا : وإجماعهم على أن طلاق السنة لا يكون إلا في طهر لم تمس فيه ، وقوله ﷺ : « فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء »[2] دليل واضح على أن العدة هي الأطهار ؛ لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة . ويمكن أن يتأول قوله « فتلك العدة » أي فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض ، وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة إنما شرعت لبراءة الرحم ، وبراءتها إنما تكون بالحيض لا بالأطهار ، ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالأيام ، فالحيض هو سبب العدة بالأقراء ، فوجب أن تكون

---

(١) البقرة : (٢٢٨) .

(٢) وهو حديث صحيح وقد تقدم تخريجه في أول كتاب الطلاق .

الأقراء هي الحيض ، واحتج من قال : الأقراء هي الأطهار بأن المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر إلى الحيض لا انقضاء الحيض ، فلا معنى لاعتبار الحيضة الأخيرة ، وإذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام : أعني المشترط هي الأطهار التي بين الحيضتين ، ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة . ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى ، وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ، ولم يختلف القائلون أن العدة هي الأطهار أنها تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا : إنها الحيض ، فقيل : تنقضي بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة ، وبه قال الأوزاعي ؛ وقيل : حين تغتسل من الحيضة الثالثة ، وبه قال من الصحابة : عمر بن الخطاب وعلي وابن مسعود ، ومن الفقهاء الثوري وإسحاق بن عبيد ، وقيل : حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها ، وقيل : إن للزوج عليها الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة ، حكي هذا عن شريك وقد قيل تنقضي بدخولها في الحيضة الثالثة ، وهو أيضًا شاذ ، فهذه هي حال الحائض التي تحيض . وأما التي تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض ، فإنها تنتظر عند مالك تسعة أشهر ، فإن لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الأشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض الثانية اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة أشهر من العام الثاني ، انتظرت الحيضة الثالثة ، فإن مر بها تسعة أشهر قبل أن تحيض ، اعتدت ثلاثة أشهر ، فإن حاضت الثالثة في الثلاثة الأشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ، ولزوجها عليها الرجعة ما لم تحل . واختلف عن مالك متى تعتد بالتسعة أشهر ؟ فقيل : من يوم طلقت ، وهو قوله في الموطأ ، وروى ابن القاسم عنه : من يوم رفعها حيضتها ، وقال أبو حنيفة والشافعي والجمهور في التي ترتفع حيضتها وهي لا تيأس منها في المستأنف : إنها تبقى أبدًا

تنتظر حتى تدخل في السن الذي تيأس فيه من المحيض ، وحينئذ تعتد بالأشهر وتحيض قبل ذلك ، وقول مالك مروي عن عمر بن الخطاب وابن عباس ، وقول الجمهور : قول ابن مسعود وزيد ، وعمدة مالك من طريق المعنى هو أن المقصود بالعدة إنما هو ما يقع به براءة الرحم ظنًا غالبًا بدليل أنه قد تحيض الحامل ، وإذا كان ذلك كذلك فعدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ، ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة ، فإن حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض ، واحتسبت بذلك القرء ، ثم تنتظر القرء الثاني أو السنة إلى أن تمضي لها ثلاثة أقراء ، وأما الجمهور فصاروا إلى ظاهر قوله تعالى : ﴿ **واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر** ﴾[1] والتي هي من أهل الحيض ليست بيائسة ، وهذا الرأي فيه عسر وحرج ، ولو قيل : إنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدًا إذا فهم من اليائسة التي لا يقطع بانقطاع حيضتها ، وكان قوله ﴿ **إن ارتبتم** ﴾[1] راجعًا إلى الحكم، لا إلى الحيض على ما تأوله مالك عليه ، فكأن مالكًا لم يطابق مذهبُه تأويلَه الآية ، فإنه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض ، وهذا لا يكون إلا من قبل السن ، ولذلك جعل قوله ﴿ **إن ارتبتم** ﴾[1] راجعًا إلى الحكم لا إلى الحيض ؛ أي : إن شككتم في حكمهن ، ثم قال في التي تبقى تسعة أشهر لا تحيض وهي في سن من تحيض إنها تعتد بالأشهر ، وأما إسمٰعيل وابن بكير من أصحابه ، فذهبوا إلى أن الريبة هٰهنا في الحيض ، وأن اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع ، فطابقوا تأويل الآية مذهبهم الذي هو مذهب مالك ، ونعم ما فعلوا ؛ لأنه إن فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب أن تنتظر الدم وتعتد به حتى تكون في هذا السن ، أعني : سن اليائس وإن من فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب أن تعتد التي انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالأشهر ،

---

(١) الطلاق : (٤) .

وهو قياس قول أهل الظاهر ؛ لأن اليائسة في الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالأقراء ولا بالشهور . وأما الفرق في ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التي ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض ، فإن المشهور عند مالك أنها تنتظر الحيض ، قصر الزمان أم طال ، وقد قيل : إن المريضة مثل التي ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة إذا لم تميز بين الدمين ، فإن ميزت بين الدمين فعنه روايتان : **إحداهما** : أن عدتها السنة . **والأخرى** : أنها تعمل على التمييز فتعتد بالأقراء ، وقال أبو حنيفة : عدتها الأقراء إن تميزت لها ، وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر ، وقال الشافعي : عدتها بالتمييز إذا انفصل عنها الدم ، فيكون الأحمر القاني من الحيضة ، ويكون الأصفر من أيام الطهر ، فإن طبق عليها الدم اعتدت بعدد أيام حيضتها في صحتها وإنما ذهب مالك إلى بقاء السنة ؛ لأنه جعلها مثل التي لا تحيض وهي من أهل الحيض ، والشافعي إنما ذهب في العارفة أيامها أنها تعمل على معرفتها قياسًا على الصلاة لقوله ﷺ للمستحاضة « اتْركى الصلاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِكِ ، فإِذَا ذَهَبَ عَنْكِ قَدْرُها فاغْسِلِي الدم »[1] وإنما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله ﷺ لفاطمة بنت حبيش : « إِذَا كانَ دَمُ الحَيْضِ فإِنَّهُ دَمٌ أَسوَدُ يُعْرَفُ ، فإِذَا كانَ ذلكِ فَأَمْسِكي عَنِ الصلاةِ ، فإِذَا كانَ الآخَرُ فَتَوَضَّئِي وَصَلِّي فإنما هُوَ عِرْق » خرجه أبو داود[2] ، وإنما ذهب من ذهب إلى عدتها بالشهور إذا اختلط عليها الدم ؛ لأنه معلوم في الأغلب أنها في كل شهر تحيض ، وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض ، وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة : أعني التي تجد حسًا في بطنها تظن به أنه حمل فإنها تمكث أكثر مدة الحمل . وقد اختلف فيه فقيل في المذهب : أربع سنين ، وقيل : خمس سنين ، وقال أهل الظاهر : تسعة

(١) تقدم تخريجه في الحيض .

(٢) تقدم تخريجه في الحيض أيضاً .

أشهر ، ولاخلاف أن انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن ، أعني : المطلقات لقوله تعالى : ﴿ وأولاتُ الأحمال أجَلُهُنَّ أنْ يَضَعْنَ حَمْلَهنَّ ﴾ [(١)] وأما الزوجات غير الحرائر فإنهن ينقسمن أيضًا بتلك الأقسام بعينها ، أعني : حُيَّضا ، ويائسات ، ومستحاضات ، ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فأما الحيض اللاتي يأتيهن حيضهن ، فالجمهور على أن عدتهن حيضتان ، وذهب داود وأهل الظاهر إلى أن عدتهن ثلاث حيض كالحرة ، وبه قال ابن سيرين . فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى : ﴿ **والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء** ﴾ [(٢)] وهي ممن ينطلق عليها اسم المطلقة ، واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه ، وذلك أنهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد ، أعني كونه متنصفًا مع الرق ، وإنما جعلوها حيضتين ؛ لأن الحيضة الواحدة لا تتبعض . وأما الأمة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغير فإن مالكًا وأكثر أهل المدينة قالوا : عدتها ثلاثة أشهر ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأبو ثور وجماعة : عدتها شهر ونصف شهر ، نصف عدة الحرة ، وهو القياس إذا قلنا بتخصيص العموم ، فكأن مالكًا اضطرب قوله ، فمرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ، ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض ، والقياس في ذلك واحد . وأما التي ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك ، وكذلك المستحاضة واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعي ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا ؟ فقال جمهور فقهاء الأمصار : تستأنف ؛ وقالت فرقة : تبقى في عدتها من طلاقها الأول وهو أحد قولي الشافعي ، وقال داود : ليس عليها أن تتم عدتها ولا عدة مستأنفة . وبالجملة فعند مالك أن كل رجعة تهدم العدة وإن لم يكن مسيس ما خلا رجعة

---

(١) الطلاق (٤) .

(٢) البقرة : (٢٢٨) .

المولى . وقال الشافعي : إذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الأولى ، وقول الشافعي أظهر ، وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الإنفاق ، فإن أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة إن كان طلاقًا ، وإن لم ينفق بقيت على عدتها الأولى ، وإذا تزوجت ثانيًا في العدة فعن مالك في ذلك روايتان : **إحداهما** تداخل العدتين . والأخرى نفيه ، فوجه الأولى اعتبار براءة الرحم ؛ لأن ذلك حاصل مع التداخل . ووجه الثانية كون العدة عبادة ، فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذي له حرمة وإذا عتقت الأمة في عدة الطلاق مضت على عدة الأمة عند مالك ، ولم تنتقل إلى عدة الحرة ، وقال أبو حنيفة : تنتقل في الطلاق الرجعي دون البائن . وقال الشافعي : تنتقل في الوجهين معًا .

وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية أم من أحكام انفصالها ؟ فمن قال من أحكام الزوجية قال : لا تنتقل عدتها ، ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال : تنتقل كما لو أعتقت وهي زوجة ثم طلقت ، وأما من فرّق بين البائن والرجعي فبيِّن ، وذلك أن الرجعي فيه شبه من أحكام العصمة ، ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق إذا مات وهي في عدة من طلاق رجعي ، وأنها تنتقل إلى عدة الموت ، فهذا هو القسم الأول من قسمي النظر في العدة .

• **القسم الثاني .**

وأما النظر في أحكام العدد ، فإنهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى ، وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات : ﴿ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ** ﴾[1] الآية ، ولقوله تعالى : ﴿ **وإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾[2] واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملًا على ثلاثة أقوال :

(١،٢) الطلاق : (٦) .

أحدها أن لها السكنى والنفقة ، وهو قول الكوفيين . **والقول الثاني** انه لا سكنى لها ولا نفقة ، وهو قول أحمد وداود وأبي ثور وإسحاق وجماعة . **والثالث** أن لها السكنى ولا نفقة لها ، وهو قول مالك والشافعي وجماعة .

وسبب اختلافهم : اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له ، فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولا سكنى بما روي في حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت: « طلقني زوجي ثلاثًا على عهد رسول الله ﷺ ، فأتيت النبي ﷺ فلم يجعل لي سكنى ولا نفقة » خرجه مسلم[1] ، وفي بعض الروايات أن رسول الله ﷺ قال : « إنما السُّكنى والنَّفَقَةُ لِمَنْ لِزَوْجها عَلَيها الرَّجْعَةُ »[2] وهذا القول مروي عن علي وابن عباس وجابر بن عبد الله . وأما

(١) في صحيحه (٢ /١١١٧ رقم ٤٢ /١٤٨٠) .
قلت : وأخرجه أحمد (٦ /٤١١ ، ٤١٢) ، وأبو داود (٢ /٧١٥ رقم ٢٢٨٨ و ٢٢٨٩) ، والترمذي (٣ /٤٤١ رقم ١١٣٥) ، والنسائي (٦ /٢١٠) ، وابن ماجه (١ /٦٥٦ رقم ٢٠٣٥ و ٢٠٣٦) ، وابن الجارود (رقم ٧٦١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٦٤) ، والدارقطني (٤ /٢٢ –٢٥ رقم ٦٢ –٧٠) ، والبيهقي (٧ /٤٧٢ –٤٧٤) ، وابن حبان (٦ /٢٢٤ رقم ٤٢٤٠) .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٢) أخرج أحمد (٦ /٣٧٣ و ٤١٥ و ٤١٦ و ٤١٧) ، والنسائي (٦ /١٤٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٣ /٦٩) ، والدارقطني (٤ /٢٢ رقم ٦٢) ، والبيهقي (٧ /٤٧٣ ، ٤٧٤) .
من حديث فاطمة بنت قيس أيضاً . قالت : أتيت النبي ﷺ فقلت : أنا بنت آل خالد ، وإن زوجي فلاناً أرسل إليّ بطلاقي ، وإني سألت أهله النفقة والسكن ، فَأَبَوْا عليَّ ، قالوا : يا رسول الله ، إنه قد أرسل إليها بثلاث تطليقات ، قالت : فقال رسول الله ﷺ .. » فذكره .
وهو حديث صحيح . أورده الألباني في « الصحيحة » (رقم ١٧١١) .

الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فإنهم احتجوا بما رواه مالك في موطئه[1] من حديث فاطمة المذكورة ، وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « لَيْسَ لكِ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ » وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها إسقاط السكنى ، فبقي على عمومه في قوله تعالى : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾[2] وعللوا أمره ﷺ بأن تعتد في بيت ابن أم مكتوم بأنه كان في لسانها بذاء . وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا إلى وجوب السكنى لها بعموم قوله تعالى : ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾[2] وصاروا إلى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الإسكان في الرجعية وفي الحامل ، وفي نفس الزوجية . وبالجملة فحيثما وجبت السكنى في الشرع وجبت النفقة . وروي عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا : لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة ، يريد قوله تعالى ﴿ **أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم** ﴾[2] الآية . ولأن المعروف من سنته ﷺ أنه أوجب النفقة حيث تجب السكنى[3] ، فلذلك الأولى في هذه المسألة إما أن يقال: إن لها الأمرين جميعًا مصيرًا إلى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فعسير ، ووجه عسره ضعف دليله . وينبغي أن تعلم أن المسلمين اتفقوا على أن العدة تكون في ثلاثة أشياء : في طلاق ، أو موت ، أو اختيار الأمة نفسها إذا أعتقت .

واختلفوا فيها في الفسوخ ، والجمهور على وجوبها . ولما كان الكلام في

---

(١) (٢ /٥٨٠ رقم ٦٧) .

(٢) الطلاق : (٦) .

قلت : وأخرجه أحمد (٦ /٤١٢) ، ومسلم (٢ /١١١٤ رقم ٣٦ /١٤٨٠) ، وأبو داود (٢ /٧١٢ رقم ٢٢٨٤) ، والنسائي (٦ /٢٠٨-٢٠٩) وغيرهم .

(٣) قلت : هذا غير معروف ، بل لم يرد ما يدل على ذلك صريحاً .

العدة يتعلق فيه أحكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هـٰهنا فنقول : إن المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشرًا لقوله تعالى : ﴿ **يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا** ﴾ [1] . واختلفوا في عدة الحامل وفي عدة الأمة إذا لم تأتها حيضتها في الأربعة الأشهر وعشر ، ماذا حكمها ؟

فذهب مالك إلى أن من شرط تمام هذه العدة أن تحيض حيضة واحدة في هذه المدة ، فإن لم تحض فهي عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل ؛ وقيل عنه إنها قد لا تحيض وقد لا تكون مسترابة ، وذلك إذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدة العدة ، وهذا إما غير موجود ، أعني : من تكون عادتها أن تحيض أكثر من أربعة أشهر إلى أكثر من أربعة أشهر ، وإما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء إذا وجدت ، فقيل تنتظر حتى تحيض ، وروى عنه ابن القاسم : تتزوج إذا انقضت عدة الوفاة و لم يظهر بها حمل ، وعلى هذا جمهور فقهاء الأمصار أبي حنيفة والشافعي والثوري .

• وأما المسألة الثانية .

وهي الحامل التي يتوفى عنها زوجها ، فقال الجمهور وجميع فقهاء الأمصار : عدتها أن تضع حملها مصيرًا إلى عموم قوله تعالى : ﴿ **وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن** ﴾[2] وإن كانت الآية في الطلاق وأخذًا أيضا بحديث أم سلمة[3] أن سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه « **فجاءت رسول الله ﷺ فقال لها : قَدْ حَلَلْتِ فانْكِحي مَنْ شِئْتِ** » وروى مالك عن

(١) البقرة : (٢٣٤) .

(٢) الطلاق : (٤) .

(٣) أخرجه مالك (٢ /٥٩٠ رقم ٨٦) ، وأحمد (٦ /٤٣٢) في مسند سبيعة الأسلمية رضي الله عنها والبخاري (٨ /٦٥٣ رقم ٤٩٠٩) ، ومسلم (٢ /١١٢٢ رقم ٥٧ /١٤٨٥) ، والترمذي (٣ /٤٩٩ رقم ١١٩٤) ، والنسائي (٦ /١٩١ - ١٩٢) ، وغيرهم بألفاظ مطولاً ومختصراً .

ابن عباس أن عدتها آخر الأجلين ، يريد أنها تعتد بأبعد الأجلين ، إما الحمل ، وإما انقضاء العدة ، عدة الموت ، وروي مثل ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، والحجة لهم أن ذلك هو الذي يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . وأما الأمة المتوفى عنها من تحل له ، فإنها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين أو أم ولد أو غير أم ولد . فأما الزوجة فقال الجمهور : إن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة ؛ وقال أهل الظاهر : بل عدتها عدة الحرة ، وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيرًا إلى التعميم . وأما أم الولد فقال مالك والشافعي وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة : عدتها حيضة ، وبه قال ابن عمر . وقال مالك : وإن كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة أشهر ، ولها السكنى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : عدتها ثلاث حيض ، وهو قول علي وابن مسعود ، وقال قوم : عدتها نصف عدة الحرة المتوفى عنها زوجها ، وقال قوم : عدتها عدة الحرة أربعة أشهر وعشر ، وحجة مالك أنها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض ، فلم يبق إلا استبراء رحمها ، وذلك يكون بحيضة تشبيها بالأمة يموت عنها سيدها ، وذلك ما لا خلاف فيه ، وحجة أبي حنيفة أن العدة إنما وجبت عليها وهي حرة ، وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ، ولا بأمة فتعتد عدة أمة ، فوجب أن تستبرئ رحمها بعدة الأحرار . وأما الذين أوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روي عن عمرو بن العاص[1] قال :

---

(١) أخرجه أبو داود (٢ /٧٣٠ رقم ٢٣٠٨) ، وابن ماجه (١ /٦٧٣ رقم ٢٠٨٣) ، وابن الجارود (رقم ٧٦٩) ، والدارقطني (٣ /٢٥٨) ، والحاكم (٢ /٢٠٩) ، والبيهقي (٧ /٤٤٨) ، وابن حبان (صـ٣٢٤ رقم ١٣٣٣ - الموارد) قال الحاكم : حديث صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبي !!

قلت : فيه نظر من وجهين :

الأول : أن مطر الورّاق ، لم يخرج له البخاري .

الثاني : أنهم قد تكلموا في حفظه ، وحديثه حسن في المتابعات ، وقد تابعه قتادة ، =

لا تلبِّسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر ، وضعف أحمد هذا الحديث و لم يأخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة تشبيها بالزوجة الأمة .

فسبب الخلاف أنها مسكوت عنها ، وهي مترددة الشبه بين الأمة والحرة . وأما من شبهها بالزوجة الأمة فضعيف ، وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة ، وهو مذهب أبي حنيفة .

= عن رجاء بن حيوة . أخرجه أحمد (٤ /٢٠٣) ، وتكلم على الحديث: الألباني في الإرواء (رقم ٢١٤١) وصححه في صحيح سنن ابن ماجه .

○ الباب الثاني ○

[في المتعة]

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطَلقة ، وقال قوم من أهل الظاهر : هي واجبة في كل مطلقة ، وقال قوم : هي مندوب إليها ، وليست واجبة ، وبه قال مـالك ، والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا في ذلك ، فقال أبو حنيفة : هي واجبة على من طلق قبل الدخول ، ولم يفرض لها صداقًا مسمى ، وقال الشافعي : هي واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبله إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول ، وعلى هذا جمهور العلماء . واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى : ﴿ **يٰأَيُّهَا الّذينَ آمَنُوا إذَا نكَحتمُ المُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقتمُوهن مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونها فَمَتعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جمِيلًا** ﴾[1] فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى : ﴿ **وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ** ﴾[2] فعلم أنه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس ، لأنه إذا لم يجب لها الصداق فأحرى أن لا تجب لها المتعة ، وهذا لعمري مخيل ؛ لأنه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه ، وحيث ردت من يدها نصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعي فيحمل الأوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى : ﴿ **وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى المُوسعِ قَدَرُهُ وَعَلى المُقْتِرِ قَدَرُهُ** ﴾[3] على العموم في كل

(١) الأحزاب : (٤٩) .

(٢) البقرة : (٢٣٧) .

(٣) البقرة : (٢٣٦) .

مطلقة ، إلا التي سمى لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الأمر على العموم ، والجمهور على أن المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التي طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق ، وأهل الظاهر يقولون : هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فإنه حمل الأمر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية : ﴿ **حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ** ﴾[1] أي: على المتفضلين المتجملين ، وما كان من باب الإجمال والإحسان فليس بواجب . واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها إحداد ؟ فقال مالك : ليس عليها إحداد .

---

(١) البقرة : (٢٣٦) .

[باب في بعث الحكمين]

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما في التشاجر ؛ أعني : المحق من المبطل لقوله تعالى : ﴿ **وإنْ خفتُمْ شقاقَ بَيْنهما فابْعَثُوا حَكَما مِنْ أهْلِهِ وَحَكَما مِنْ أهْلها** ﴾[1] الآية ، وأجمعوا على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين : أحدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المرأة ، إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما ، وأجمعوا على أن الحكمين إذا اختلفا لم ينفذ قولهما ، وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما إذا اتفقا على ذلك هل يحتاج إلى إذن من الزوج أو لا يحتاج إلى ذلك ؟ فقال مالك وأصحابه : يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا إذن منهما في ذلك ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما : ليس لهما أن يفرقا ، إلا أن يجعل الزوج إليهما التفريق . وحجة مالك ما رواه من ذلك عن علي بن أبي طالب أنه قال في الحكمين : إليهما التفرقة بين الزوجين ، والجمع . وحجة الشافعي وأبي حنيفة أن الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب مالك في الحكمين يطلقان ثلاثًا ، فقال ابن القاسم : تكون واحدة ، وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثًا إن طلقاها ثلاثًا . والأصل أن الطلاق بيد الرجل إلا أن يقوم دليل على غير ذلك . وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روي في حديث علي هذا أنه قال للحكمين : هل تدريان ما عليكما ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقالت المرأة

---

(١) النساء : (٣٥) .

رضيت بكتاب الله وبما فيه لي وعلي ، فقال الرجل : أما الفرقة فلا ، فقال علي : لا والله لا تنقلب حتى تقر بمثل ما أقرت به المرأة ، قال : فاعتبر في ذلك إذنه . ومالك يشبه الحكمين بالسلطان ، والسلطان يطلق بالضرر عند مالك إذا تبين .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٢٢ - كتاب الإيلاء □

والأصل في هذا الباب قوله تعالى : ﴿ **لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ** ﴾[١] والإيلاء : هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته إما مدة هي أكثر من أربعة أشهر ، أو أربعة أشهر ، أو بإطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الأمصار في الإيلاء في مواضع : فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة الأشهر المضروبة بالنص للمولي ، أم إنما تطلق بأن يوقف بعد الأربعة الأشهر ؟ فإما فاء وإما طلق ،ومنها هل الإيلاء يكون بكل يمين ، أم بالأيمان المباحة في الشرع فقط ؟. ومنها إن أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليًا أم لا ؟. ومنها هل المولي هو الذي قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك ؟ أو المولي هو الذي لم يقيد يمينه بمدة أصلًا ؟. ومنها هل طلاق الإيلاء بائن أو رجعي ؟. ومنها إن أبى الطلاق والفيء هل يطلق القاضي عليه أم لا ؟. ومنها هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها من غير إيلاء حادث في الزواج الثاني ؟. ومنها هل من شرط رجعة المولي أن يطأها في العدة أم لا ؟. ومنها هل إيلاء العبد حكمه أن يكون مثل إيلاء الحر أم لا ؟. ومنها هل إذا طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء تلزمها عدة أم لا ؟. فهذه هي مسائل

---

(١) البقرة : (٢٢٦) .

الخلاف المشهورة في الإيلاء بين فقهاء الأمصار التي تتنزل من هذا الباب منزلة الأصول ، ونحن نذكر خلافهم في مسألة مسألة منها ، وعيون أدلتهم وأسباب خلافهم على ما قصدنا .

• المسألة الأولى .

أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الأربعة الأشهر نفسها أم لا تطلق ، وإنما الحكم أن يوقف فإما فاء وإما طلق ؟ فإن مالكًا ، والشافعي ، وأحمد ، وأبا ثور ، وداود ، والليث ذهبوا إلى أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة الأشهر ، فإما فاء وإما طلق ، وهو قول علي وابن عمر ، وإن كان قد روي عنهما غير ذلك ، لكن الصحيح هو هذا ، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبالجملة الكوفيون إلى أن الطلاق يقع بانقضاء الأربعة الأشهر إلا أن يفيء فيها ، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين .

وسبب الخلاف هل قوله تعالى : ﴿ **فإنْ فاءُوا فإنَّ اللّٰهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ** ﴾[1] أي: فإن فاءوا قبل انقضاء الأربعة الأشهر أو بعدها ؟ فمن فهم منه قبل انقضائها قال : يقع الطلاق ، ومعنى العزم عنده في قوله تعالى: ﴿ **وإنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ فإنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ** ﴾[2] أن لا يفيء حتى تنقضي المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال : معنى قوله : ﴿ **وإن عزموا الطلاق** ﴾[2] أي : باللفظ ﴿ **فإن الله سميع عليم** ﴾[2] . وللمالكية في الآية أربعة أدلة :

أحدها : أنه جعل مدة التربص حقًا للزوج دون الزوجة ، فأشبهت مدة الأجل في الديون المؤجلة .

الدليل الثاني : أن الله تعالى أضاف الطلاق إلى فعله . وعندهم ليس يقع من فعله إلا تجوّزا ؛ أعني : ليس ينسب إليه على مذهب الحنيفة إلا تجوزا ، وليس

---

(١) البقرة : (٢٢٦) .

(٢) البقرة : (٢٢٧) .

يصار إلى المجاز عن الظاهر إلا بدليل .

الدليـل الثالث : قولـه تعالى : ﴿ **وإن عزمـوا الطـلاق فـإن الله سميع عليم** ﴾[1] قالوا : فهذا يقتضي وقوع الطلاق على وجه يسمع ، وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة .

الرابع : أن الفاء في قوله تعالى : ﴿ **فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم** ﴾[2] ظاهرة في معنى التعقيب ، فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة ، وربما شبهوا هذه المدة بمدة العتق . وأما أبو حنيفة فإنه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية ، إذ كانت العدة إنما شرعت لئلا يقع منه ندم ، وبالجملة فشبهوا الإيلاء بالطلاق الرجعي ، وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوي ، وقد روي ذلك عن ابن عباس .

● **المسألة الثانية** .

وأما اختلافهم في اليمين التي يكون بها الإيلاء ، فإن مالكًا قال : يقع الإيلاء بكل يمين ، وقال الشافعي : لا يقع إلا بالأيمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته . فمالك اعتمد العموم ؛ أعني : عموم قوله تعالى : ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر** ﴾[2] والشافعي يشبه الإيلاء بيمين الكفارة ، وذلك أن كلا اليمين يترتب عليهما حكم شرعي ، فوجب أن تكون اليمين التي ترتب عليها حكم الإيلاء هي اليمين التي يترتب عليها الحكم الذي هو الكفارة .

● **المسألة الثالثة** .

وأما لحوق حكم الإيلاء للزوج إذا ترك الوطء بغير يمين ، فإن الجمهور على أنه لا يلزمه ، حكم الإيلاء بغير يمين ، ومالك يلزمه وذلك إذا قصد الإضرار بترك الوطء ، وإن لم يحلف على ذلك ، فالجمهور اعتمدوا الظاهر ، ومالك اعتمد المعنى ؛

---

(١) البقرة : (٢٢٧) .

(٢) البقرة : (٢٢٦) .

لأن الحكم إنما لزمه باعتقاده ترك الوطء ، وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين ؛ لأن الضرر يوجد في الحالتين جميعًا .

• المسألة الرابعة .

وأما اختلافهم في مدة الإيلاء ، فإن مالكًا ومن قال بقوله يرى أن مدة الإيلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر إذ كان الفيء عندهم إنما هو بعد الأربعة الأشهر ، وأما أبو حنيفة فإن مدة الإيلاء عنده هي الأربعة الأشهر فقط إذ كان الفيء عنده إنما هو فيها ، وذهب الحسن وابن أبي ليلى إلى أنه إذا حلف وقتًا مًّا وإن كان أقل من أربعة أشهر كان موليًا يضرب له الأجل إلى انقضاء الأربعة الأشهر من وقت اليمين . وروي عن ابن عباس أن المولي هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد . والسبب في اختلافهم في المدة إطلاق الآية ، فاختلافهم في وقت الفيء ، وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعاني أو مجملة ، وكذلك اختلافهم في صفة المولي والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتي بعد . وأما ما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها ، وهذه هي أركان الإيلاء ؛ أعني : معرفة نوع اليمين ، ووقت الفيء والمدة وصفة المولي والمولى منها ، ونوع الطلاق الواقع فيه .

• المسألة الخامسة .

فأما الطلاق الذي يقع بالإيلاء فعند مالك والشافعي أنه رجعي ؛ لأن الأصل أن كل طلاق وقع بالشرع أنه يحمل على أنه رجعي إلى أن يدل الدليل على أنه بائن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور : هو بائن ، وذلك أنه إن كان رجعيًا لم يزل الضرر عنها بذلك لأنه يجبرها على الرجعة .

فسبب الاختلاف معارضة المصلحة المقصودة بالإيلاء للأصل المعروف في الطلاق ، فمن غلب الأصل قال : رجعي ، ومن غلب المصلحة قال : بائن .

• المسألة السادسة .

وأما هل يطلق القاضي إذا أبى الفيء أو الطلاق أو يحبس حتى يطلق ، فإن

مالكًا قال : يطلق القاضي عليه ، وقال أهل الظاهر : يحبس حتى يطلقها بنفسه .

وسبب الخلاف معارضة الأصل المعروف في الطلاق للمصلحة ، فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال : لا يقع طلاق إلا من الزوج ، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال : يطلق السلطان ، وهو نظر إلى المصلحة العامة ، وهذا هو الذي يعرف بالقياس المرسل ، والمنقول عن مالك العمل به ، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك .

• المسألة السابعة .

وأما هل يتكرر الإيلاء إذا طلقها ثم راجعها ؟ فإن مالكًا يقول : إذا راجعها فلم يطأها تكرر الإيلاء عليه ، وهذا عنده في الطلاق الرجعي والبائن . وقال أبو حنيفة : الطلاق البائن يسقط الإيلاء وهو أحد قولي الشافعي ، وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على أن الإيلاء لا يتكرر بعد الطلاق إلا بإعادة اليمين .

والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الإيلاء ، وذلك أنه لا إيلاء في الشرع إلا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ، ولكن إن راعينا هذا وجد الضرر المقصود إزالته بحكم الإيلاء ، ولذلك رأى مالك أنه يحكم بحكم الإيلاء بغير يمين إذا وجد معنى الإيلاء .

• المسألة الثامنة .

وأما هل تلزم الزوجة المولى منها عدة أو ليس تلزمها ؟ فإن الجمهور على أن العدة تلزمها ، وقال جابر بن زيد : لا تلزمها عدة إذا كانت قد حاضت في مدة الأربعة الأشهر ثلاث حيض ، وقال بقوله طائفة ، وهو مروي عن ابن عباس . وحجته أن العدة إنما وضعت لبراءة الرحم ، وهذه قد حصلت لها البراءة . وحجة الجمهور أنها مطلقة فوجب أن تعتد كسائر المطلقات .

وسبب الخلاف أن العدة جمعت عبادة ومصلحة ، فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ، ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

• المسألة التاسعة .

وأما إيلاء العبد ، فإن مالكًا قال : إيلاء العبد شهران على النصف من إيلاء الحر ، قياسًا على حدوده وطلاقه ، وقال الشافعي وأهل الظاهر : إيلاؤه مثل إيلاء الحر أربعة أشهر تمسكًا بالعموم ، والظاهر أن تعلق الأيمان بالحر والعبد سواء ، والإيلاء يمين ، وقياسًا أيضًا على مدة العنين ، وقال أبو حنيفة : النقص الداخل على الإيلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة ، فإن كانت المرأة حرة كان الإيلاء إيلاء الحر ، وإن كان الزوج عبدًا ، وإن كانت أمة فعلى النصف ، وقياس الإيلاء على الحد غير جيد ، وذلك أن العبد إنما كان حده أقل من حد الحرّ ؛ لأن الفاحشة منه أقل قبحًا ، ومن الحر أعظم قبحًا ، ومدة الإيلاء إنما ضربت جمعًا بين التوسعة على الزوج وبين إزالة الضرر عن الزوجة ، فإذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة ، والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه ، فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الإيلاء إلا إذا كان الزوج عبدًا والزوجة حرة فقط ، وهذا لم يقل به أحد ، فالواجب التسوية . والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الإيلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الإيلاء ، هل ينتقل إلى إيلاء الأحرار أم لا ؟ فقال مالك : لا ينتقل من إيلاء العبيد إلى إيلاء الأحرار ، وقال أبو حنيفة : ينتقل ، فعنده أن الأمة إذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت إلى إيلاء الأحرار ، وقال ابن القاسم : الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا إيلاء عليها ، فإن وقع وتمادى حسبت الأربعة الأشهر من يوم بلغت ، وإنما قال ذلك ؛ لأنه لا ضرر عليها في ترك الجماع ؛ وقال أيضًا : لا إيلاء على خصيّ ، ولا على من لا يقدر على الجماع .

• **المسألة العاشرة .**

وأما هل من شرط رجعة المولي أن يطأ في العدة أم لا ؟ فإن الجمهور ذهبوا إلى أن ذلك ليس من شرطها ؛ وأما مالك فإنه قال : إذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له إليها إذا انقضت العدة . وحجة الجمهور أنه لا يخلو أن يكون الإيلاء يعود برجعته إياها في العدة أو لا يعود ، فإن عاد لم يعتبر واستؤنف الإيلاء من وقت الرجعة ، أعني: تحسب مدة الإيلاء من وقت الرجعة ، وإن لم يعد إيلاء لم يعتبر أصلاً إلا على مذهب من يرى أن الإيلاء يكون بغير يمين ، وكيفما كان فلابد من اعتبار الأربعة الأشهر من وقت الرجعة ، وأما مالك فإنه قال : كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر ، فإن صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر ، وأصله المعسر بالنفقة إذا طلق عليه ثم ارتجع ، فإن رجعته تعتبر صحتها بيساره .

فسبب الخلاف قياس الشبه ، وذلك أن من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الإيلاء ، ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال : يبقى على الأصل .



□ ٢٣ - كتاب الظهار □

والأصل في الظهار الكتاب والسنة . فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **والَّذينَ يُظاهِرُونَ مِنْ نِسائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قالُوا فَتَحْريرُ رَقَبَةٍ** ﴾[١] الآية ، وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: « ظاهر مني زوجي أويس بن الصامت ، فجئت رسولَ الله ﷺ : أشكو إليه ، ورسول الله يجادلني فيه ويقول : اتَّقي اللّهَ فإنَّهُ ابْنُ عَمِّكِ ، فما خرجَتْ حتى أنزل الله: ﴿ **قَدْ سَمِعَ اللهُ قَوْلَ الَّتي تُجادلك في زَوْجها وَتَشْتَكي إلى الله والله يَسْمَعُ تَحاوُركُما** ﴾ الآيات ، فقال : « **لِيَعْتِقْ رَقَبَةً** » ، قالت : لا يجد ، قال : « **فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ** » ، قالَتْ : يا رسول الله ، إنه شيخ كبير ما به من صيام ، قال : « **فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكينًا** » ، قالت ما عنده من شيء يتصدق به ، قال : « **فإني سأُعينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ** » ، قالت : وأنا أعينه بعرق آخر ، قال : « **لَقَدْ أحْسَنْتِ اذْهَبي فَأطْعِمي عَنْهُ سِتِّينَ مِسكينًا** » خرجه أبو داود[٢] .

---

(١) المجادلة : (١) .

(٢) أخرجه أبو داود (٢ /٦٦٢ رقم ٢٢١٤) وهو حديث صحيح .

قلت : وأخرجه أحمد (٦ /٤١٠) ، وابن حبان (صـ٣٢٤ رقم ١٣٣٤ – الموارد) ، والطبراني في الكبير (١ /٢٢٥ رقم ٦١٦) ، والبيهقي (٧ /٣٨٩، ٣٩١) من طريق ابن إسحاق ، عن معمر بن عبد الله بن حنظلة ، عن يوسف بن عبد الله بن سلّام ، عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة به .

قلت : وهذا سند ضعيف ، لأجل معمر بن عبد الله .

قال الذهبيُّ : « لا يُعرف » .

وقال ابن القطان : « لم يذكر بأكثر من رواية ابن إسحاق ، فهو مجهول الحال » .

قلت : والعين أيضاً . =

= وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث عند أحمد وابن حبان ، ولكن رواه البيهقيُّ من طريق إسماعيل بن جعفر ، نا محمد بن أبي حرملة ، عن عطاء بن يسار ، أن خويلة بنت ثعلبة ...فساقه .

قلت : وهذا مرسل صحيح الإسناد .

قال البيهقي : « وهو شاهد للموصول قبله » وهو يعني أنه يقويه . وله شاهد من حديث ابن عباس رضي الله عنه ، أخرجه البزار (٢ /١٩٨ رقم ١٥١٣) ، والبيهقي (٧ /٣٩٢) عن عبيد الله بن موسى .

والطبراني في الكبير (١١ /٢٦٤ رقم ١١٦٨٩) عن الأبيض بن الأغر بن الصباح ، كلاهما عن أبي حمزة الثمالي عن عكرمة عن ابن عباس : كان الرجل إذا قال لامرأته في الجاهلية : أنت عليَّ كظهر أمي ، حرمت عليه . وكان أول من ظاهر في الإسلام ، رجل كانت تحته ابنة عم له ، يُقْال لها:خويلة ، فظاهر منها ، فأسقط في يده ، وقال : ألا قد حرمت عليّ ، وقالت له مثل ذلك ، قال : فانطلق إلى النبي ﷺ فقال : يا خويلة ، فجعلت تشتكي إلى النبي ﷺ ، فأنزل الله تعالى : ﴿ قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي إلى الله ﴾ إلى قوله : ﴿ فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ﴾ قالت : أيُّ رقبةٍ ، ما له غيري . قال : ﴿ فصيامُ شهرين متتابعين ﴾ ، قالت : والله إنه ليشرب في اليوم ثلاث مرات قال : ﴿ فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً ﴾ . قالت بأبي وأمي ما هي إلا أكلة إلى مثلها لا نقدر على غيرها . فدعا النبي ﷺ بشطر وسق ثلاثين صاعاً ، والوسق:ستون صاعاً ، فقال : « **ليطعمك ستين مسكينا وليراجعك** » .

قال البزار :

« لا نعلم بهذا اللفظ في الظهار ، عن النبي ﷺ إلا بهذا الإسناد ، وأبو حمزة لينُ الحديث ، وقد خالفه في روايته ، ومتن حديثه الثقات في أمر الظهار ؛ لأن الزهريّ رواه عن حميد بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة . وهذا إسنادٌ لا نعلم بين علماء أهل الحديث اختلافاً في صحته ، أن النبي ﷺ دعا بإناء فيه خمسة عشر صاعاً ، وحديث أبي حمزة منكر ، وفيه لفظ يدل على خلاف الكتاب ؛ لأنه قال : « **وليراجعك** » وقد كانت امرأته ، فما معنى مراجعته امرأته ولم يطلقها ، وهذا مما لا يجوز على رسول الله ﷺ ، وإنما أتى هذا من رواية أبي حمزة **الثمالي** » اهـ . =

وحديث سلمة بن صخر البياضي[1] عن النبي ﷺ .

والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول : منها في ألفاظ الظهار ومنها في شروط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما

= وأصل القصة رواها البخاري (١٣/ ٣٧٢) تعليقاً ، قال : قال الأعمش ، عن تميم ، عن عروة ، عن عائشة ، قالت : الحمد لله الذي وسع سمعه الأصوات . فأنزل الله على النبي ﷺ : ﴿ **قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها** ﴾ .
ووصله النسائي (٦/ ١٦٨ رقم ٣٤٦٠) ، وابن ماجه (١/ ٦٦٦ رقم ٢٠٦٣) ، والحاكم (٢/ ٤٨١) من طرق عن الأعمش به ، وهو عندهم بسياق أتم ، غير أن رواية النسائي قريبة من رواية البخاري في الاختصار . وقال الحاكم : « صحيح الإسناد » ووافقه الذهبي .

(١) أخرجه أبو داود (٢/ ٦٦٠ رقم ٢٢١٣) ، والترمذي (٣/ ٥٠٢ رقم ١١٩٨) و (٥/ ٤٠٥ رقم ٣٢٩٩) ، وابن ماجه (١/ ٦٦٥ رقم ٢٠٦٢) ، والدارمي (٢/ ١٦٣ ، ١٦٤) ، وأحمد (٤/ ٣٧) ، والحاكم (٢/ ٢٠٣) ، والبيهقي (٧/ ٣٩٠) من طريق محمد بن إسحاق ، عن محمد بن عمرو بن عطاء ، عن سليمان بن يسار ، عن سلمة بن صخر به .
قال الترمذي : « حديث حسن .. وقال محمد – يعني البخاري – : سليمان بن يسار ، لم يسمع عندي من سلمة بن صخر » .
قلت : ومحمد بن إسحاق مدلس ، وقد عنعنه عند جميع من ذكرناهم ، ومع ذلك فقد صححه الحاكم على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .
وللحديث طريق آخر .
أخرجه الترمذي (٣/ ٥٠٣ رقم ١٢٠٠) ، والحاكم (٢/ ٢٠٤) ، والبيهقي (٧/ ٣٩٠) .
وقال الترمذي : حديث حسن .
وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .
قلت : هو منقطع بين أبي سلمة وابن ثوبان ، وبين سلمة بن صخر ، وله شاهد من حديث ابن عباس ، وقد تقدم في التعليقة السابقة .

يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح ؟. ومنها هل يدخل الإيلاء عليه ؟. ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

○ الفصل الأول ○

[في ألفاظ الظهار]

واتفق الفقهاء على أن الرجل إذا قال لزوجته : أنت عليّ كظهر أمي أنه ظهار ، واختلفوا إذا ذكر عضوا غير الظّهر ، أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الأم ، فقال مالك : هو ظهار ، وقال جماعة من العلماء : لا يكون ظهارًا إلا بلفظ الظهر والأم . وقال أبو حنيفة : يكون بكل عضو يحرم النظر إليه .

وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر ، وذلك أن معنى التحريم تستوي فيه الأم وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الأعضاء ، وأما الظاهر من الشرع ، فإنه يقتضي أن لا يسمى ظهارًا إلا ما ذكر فيه لفظ الظهر والأم . وأما إذا قال : هي عليّ كأمي ولم يذكر الظهر ، فقال أبو حنيفة والشافعي : ينوي في ذلك ، لأنه قد يريد بذلك الإجلال لها وعظم منزلتها عنده ، وقال مالك : هو ظهار . وأما من شبه زوجته بأجنبية لا تحرم عليه على التأبيد ، فإنه ظهار عند مالك ، وعند ابن الماجشون ليس بظهار .

وسبب الخلاف هل تشبيهه الزوجة بمحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم ؟.

○ الفصل الثاني ○
[في شروط وجوب الكفارة فيه]

وأما شروط وجوب الكفارة ، فإن الجمهور على أنها لا تجب دون العود ، وشذ مجاهد وطاوس فقالا : لا تجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة** ﴾[1] وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود ، وأيضا فمن طريق القياس ، فإن الظهار يشبه الكفارة في اليمين ، فكما أن الكفارة إنما تلزم بالمخالفة أو بإرادة المخالفة ، كذلك الأمر في الظهار . وحجة مجاهد وطاوس أنه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب أن يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيهًا بكفارة القتل والفطر ، وأيضًا قالوا : إنه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة ، وهو معنى قوله تعالى ﴿ **ثم يعودون لما قالوا** ﴾[1] والعود عندهم هو العود في الإسلام . فأما القائلون باشتراط العود في إيجاب الكفارة ، فإنهم اختلفوا فيه ما هو ؟ فعن مالك في ذلك ثلاث روايات : إحداهن أن العود هو أن يعزم على إمساكها والوطء معًا . **والثانية** : أن يعزم على وطئها فقط ، وهي الرواية الصحيحة المشهورة عن أصحابه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . **والرواية الثالثة** : أن العود هو نفس الوطء ، وهي أضعف الروايات عند أصحابه . وقال الشافعي : العود هو الإمساك نفسه ، قال : ومن مضى له زمان يمكنه أن يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة ، لأن إقامته زمانا يمكن أن يطلق فيه من غير أن يطلق يقوم مقام

---

(١) المجادلة : (٣) .

إرادة الإمساك منه ، أو هو دليل ذلك . وقال داود وأهل الظاهر : العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه ، فدليل الرواية المشهورة لمالك ينبني على أصلين : أحدهما أن المفهوم من الظهار هو أن الوجوب الكفارة فيه إنما يكون بإرادته العود إلى ما حرم على نفسه بالظهار وهو الوطء ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن تكون العودة هي إما الوطء نفسه ، وإما العزم عليه وإرادته .

والأصل الثاني ليس يمكن أن يكون العود نفسه هو وطء لقوله تعالى في الآية : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾[1] ولذلك كان الوطء محرمًا حتى يكفر . قالوا : ولو كان العود نفسه هو الإمساك لكان الظهار نفسه يحرم الإمساك فكان الظهار يكون طلاقًا . وبالجملة فالمعوّل عليه عندهم في هذه المسألة هو الطريق الذي يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم ، وذلك أن معنى العود لا يخلو أن يكون تكرار اللفظ على ما يراه داود ، أو الوطء نفسه أو الإمساك نفسه أو إرادة الوطء ، ولا يكون تكرار اللفظ ، لأن ذلك تأكيد والتأكيد لا يوجب الكفارة ولا يكون إرادة الإمساك للوطء ، فإن الإمساك موجود بعد ، فقد بقي أن يكون إرادة الوطء ، وإن كان إرادة الإمساك للوطء فقد أراد الوطء ، فثبت أن العود هو الوطء . ومعتمد الشافعية في إجرائهم إرادة الإمساك ، أو الإمساك مجرى إرادة الوطء أن الإمساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبهًا بالشيء ، وجعلوا حكمهما واحدًا ، وهو قريب من الرواية الثانية ، وربما استدلت الشافعية على أن إرادة الإمساك هو السبب في وجوب الكفارة ، أن الكفارة ترتفع بارتفاع الإمساك ، وذلك إذا طلق أثر الظهار ، ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية ، فجعل العود هو إرادة الأمرين جميعًا ؛ أعني : الوطء والإمساك ، وإما أن يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص ، والمعتمد فيها تشبيه الظهار

---

(١) المجادلة : (٣) .

باليمين ، أي : كما أن كفارة اليمين إنما تجب بالحنث كذلك الأمر هـٰهنا ، وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فإنه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى : ﴿ **ثم يعودون لما قالوا** ﴾[1] وذلك يقتضي الرجوع إلى القول نفسه . وعند أبي حنيفة أنه العود في الإسلام إلى ما تقدم من ظهارهم في الجاهلية ؛ وعند مالك والشافعي أن المعنى في الآية ؛ ثم يعودون فيما قالوا .

وسبب الخلاف بالجملة إنما هو مخالفة الظاهر للمفهوم ، فمن اعتمد المفهوم جعل العودة إرادة الوطء أو الإمساك ، وتأول معنى اللام في قوله تعالى : ﴿ **ثم يعودون لما قالوا** ﴾[1] بمعنى الفاء ، وأما من اعتمد الظاهر فإنه جعل العودة تكرير اللفظ ، وأن العودة الثانية إنما هي ثانية للأولى التي كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين ، فالأشبه له أن يعتقد أن بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك مجاهد ، إلا أن يقدِّر في الآية محذوفًا وهو إرادة الإمساك ، فهنا إذًا ثلاثة مذاهب : إما أن تكون العودة هي تكرار اللفظ ، وإما أن تكون إرادة الإمساك ، وأما أن تكون العودة التي هي في الإسلام وهذان ينقسمان قسمين : أعني : الأول والثالث . أحدهما أن يقدر في الآية محذوفًا ، وهو إرادة الإمساك فيشترط هذه الإرادة في وجوب الكفارة ، وإما ألا يقدر فيها محذوفًا فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو : هل إذا طلق قبل إرادة الإمساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا ؟ فجمهور العلماء على أن لا كفارة عليه إلا أن يطلق بعد إرادة العودة أو بعد الإمساك بزمان طويل على ما يراه الشافعي . وحكي عن عثمان البتي أن عليه الكفارة بعد الطلاق ، وأنها إذا ماتت قبل إرادة العودة لم يكن له سبيل إلى ميراثها إلا بعد الكفارة ، وهذا شذوذ مخالف للنص . والله أعلم .

---

(١) المجادلة : (٣) .

○ الفصل الثالث ○

[فيمن يصح فيه الظهار]

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة ، واختلفوا في الظهار من الأمة ومن التي في غير العصمة ، وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل ، فأما الظهار من الأمة فقال مالك والثوري وجماعة : الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة ، وكذلك المدبَّرة وأم الولد ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور : لاظهار من أمة ، وقال الأوزاعي : إن كان يطأ أمته فهو منها مظاهر ، وإن لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين ، وقال عطاء : هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة . فدليل من أوقع ظهار الأمة عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يظاهرون من نسائهم** ﴾[1] والإماء من النساء . وحجة من لم يجعله ظهارًا أنهم قد أجمعوا أن النساء في قوله تعالى : ﴿ **للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر** ﴾[2] هن ذوات الأزواج ، فكذلك اسم النساء في آية الظهار ،

فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم ؛ أعني : تشبيه الظهار بالإيلاء وعموم لفظ النساء ، أعني : أن عموم اللفظ يقتضي دخول الإماء في الظهار وتشبيهه بالإيلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا ؟ فمذهب مالك أن ذلك ليس من شرطه ، وأن من عين امرأة مَّا بعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرًا منها ، وكذلك إن لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، وذلك بخلاف الطلاق

(١) المجادلة : (٣) .

(٢) البقرة : (٢٢٦) .

وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي ، وقال قائلون : لا يلزم الظهار إلا فيما يملك الرجل ، وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود ، وفرق قوم فقالوا : إن أطلق لم يلزمه ظهار وهو أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي ، فإن قيد لزمه وهو أن يقول : إن تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة ، وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حيي . ودليل الفريق الأول قوله تعالى : ﴿ **أوفُوا بالعُقُود** ﴾[1] ولأنه عقد على شرط الملك فأشبه إذا ملك ، والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا طَلاقَ إلَّا فيما **يَمْلِكُ** ولا عِتْقَ إلَّا فِيما **يَمْلِكُ** ، ولا بَيْعَ إلَّا فِيما **يَمْلِك** ، ولا وَفاءَ بِنَذْرٍ إلَّا فيما **يَمْلِكُ** » خرجه أبو داود[2] والترمذي[3] والظهار شبيه بالطلاق ، وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين ، فإنهم رأوا أن التعميم في الظهار من باب الحرج ، وقد قال الله تعالى : ﴿ **وَما جَعَلَ عَلَيْكُمْ في الدينِ مِنْ حَرَجٍ** ﴾[4] . واختلفوا أيضًا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل ؟ فعن العلماء في ثلاثة أقوال : **أشهرها** : أنه لا يكون منها ظهار ، وهو قول مالك والشافعي . **والثاني** : أن عليها كفارة يمين . **والثالث** : أن عليها كفارة الظهار . ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ، ومن ألزم المرأة الظهار فتشبيهها للظهار باليمين ، ومن فرق فلأنه رأى أن أقل اللازم لها في ذلك المعنى ؛ هو كفارة يمين وهو ضعيف .

وسبب الخلاف تعارض الأشباه في هذا المعنى .

---

(١) المائدة : (١) .

(٢) في السنن (٢ /٦٤٠ رقم ٢١٩٠) .

(٣) في السنن (٣ /٤٨٦ رقم ١١٨١) .
وقد تقدم في الباب الثالث في الطلاق .

(٤) الحج : (٧٨) .

○ الفصل الرابع ○

[فيما يحرم على المظاهر]

واتفقوا على أن المظاهر يحرم عليه الوطء ، واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر اللذة ، فذهب مالك إلى أنه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع مما دون الجماع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ما عدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها ، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه إنما كره النظر للفرج فقط ، وقال الشافعي : إنما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لا ما عدا ذلك ، وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل مالك قوله تعالى : ﴿ **من قبل أن يتماسا** ﴾[1] وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ، ولأنه أيضًا لفظ حرمت به عليه فأشبه لفظ الطلاق ، ودليل قول الشافعي أن المباشرة كناية هٰهنا عن الجماع بدليل إجماعهم على أن الوطء محرم عليه ، وإذا دلت على الجماع لم تدل على ما فوق الجماع ، لأنها إما أن تدل على ما فوق الجماع ، وإما أن تدل على الجماع ، وهي الدلالة المجازية ، لكن قد اتفقوا على أنها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية ، إذ لا يدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازًا . قلت : الذين يرون أن اللفظ المشترك له عموم لا يبعد أن يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعًا . أعني : الحقيقة والمجاز ، وإن كان لم تجر به عادة للعرب ، ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم أن للشرع فيه تصرفًا لجاز ، وأيضا فإن الظهار مشبه عندهم بالإيلاء ، فوجب أن يختص عندهم بالفرج .

(١) المجادلة : (٣) .

○ الفصل الخامس ○

[هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح]

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق ؛ أعني : إذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليها الظهار فلا يحل له المسيس حتى يكفر ، فيه خلاف قال مالك : إن طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة ، وقال الشافعي : إن راجعها في العدة فعليه الكفارة ، وإن راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه ، وعنه قول آخر مثل قول مالك . وقال محمد بن الحسن . الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة ، وهذه المسألة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ؟.

وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها ، أو لا يهدمها ؟ فمنهم من رأى أن البائن الذي هو الثلاث يهدم ، وأن ما دون الثلاث لا يهدم ، ومنهم من رأى أن الطلاق كله غير هادم ، وأحسب أن من الظاهرية من يرى أنه كله هادم .

○ الفصل السادس ○

[في دخول الإيلاء عليه]

وأما هل يدخل الإيلاء على الظهار إذا كان مضارًا ، وذلك بأن لا يكفر مع قدرته على الكفارة ؟ فإن فيه أيضا اختلافًا ، فأبو حنيفة والشافعي يقولان : لا يتداخل الحكمان ؛ لأن حكم الظهار خلاف حكم الإيلاء ، وسواء كان عندهم مضارًا أو لم يكن ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وجماعة . وقال مالك : يدخل الإيلاء على الظهار بشرط أن يكون مضارًا . وقال الثوري : يدخل الإيلاء على الظهار ، وتبين منه بانقضاء الأربعة الأشهر من غير اعتبار المضارة ، ففيه ثلاثة أقوال : قول إنه يدخل بإطلاق ، وقول إنه لا يدخل بإطلاق ، وقول إنه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها .

وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر ، فمن اعتبر الظاهر ؛ قال : لا يتداخلان ، ومن اعتبر المعنى ؛ قال : يتداخلان إذا كان القصد الضرر .

○ الفصل السابع ○

[في أحكام كفارة الظهار]

والنظر في كفارة الظهار في أشياء منها ، في عدد أنواع الكفارة وترتيبها ، وشروط كل نوع منها ؛ أعني : الشروط المصححة ، ومتى تجب كفارة واحدة ؟ ومتى تجب أكثر من واحدة . فأما أنواعها فإنهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع : إعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو إطعام ستين مسكينًا ، وأنها على الترتيب فالإعتاق أولًا ، فإن لم يكن فالصيام ، فإن لم يكن فالإطعام ، هذا في الحر . واختلفوا في العبد يكفر بالعتق أو بالإطعام بعد اتفاقهم أن الذي يبدأ به الصيام ، أعني : إذا عجز عن الصيام ، فأجاز للعبد العتق إن أذن له سيده: أبو ثور وداود ، وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الإطعام فأجازه له مالك إن أطعم بإذن سيده ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي ، ومبنى الخلاف في هذه المسألة هل يملك العبد أو لا يملك ؟. وأما اختلافهم في الشروط المصححة : فمنها اختلافهم إذا وطيء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا ؟ فقال مالك وأبو حنيفة : يستأنف الصيام ، إلا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ، ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان ، وقال الشافعي . لا يستأنف على حال .

وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين ،والشرط الذي ورد في كفارة الظهار؛ أعني : أن تكون قبل المسيس ، فمن اعتبر هذا الشرط قال : يستأنف الصوم ، ومن شبهه بكفارة اليمين ؛ قال : لا يستأنف ؛ لأن الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق . ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة

أم لا ؟ فذهب مالك والشافعي إلى أن ذلك شرط في الإجزاء ؛ وقال أبو حنيفة : يجزي في ذلك رقبة الكافر ، ولا يجزي عندهم إعتاق الوثنية والمرتدة . دليل الفريق الأول أنه إعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة ، أصله الإعتاق في كفارة القتل ، وربما قالوا إن هذا ليس من باب القياس ، وإنما هو من باب حمل المطلق على المقيد ، وذلك أنه قيد الرقبة بالإيمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق إلى المقيد ، وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد ، فيه خلاف ، والحنفية لا يجيزونه ، وذلك أن الأسباب في القضيتين مختلفة . وأما حجة أبي حنيفة فهو ظاهر العموم ، ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد ، فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه . ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة أن تكون سالمة من العيوب أم لا ؟ ثم إن كانت سليمة فمن أي العيوب تشترط سلامتها ؟ فالذي عليه الجمهور أن للعيوب تأثيرًا في منع إجزاء العتق ، وذهب قوم إلى أنه ليس لها تأثير في ذلك . وحجة الجمهور تشبيهها بالأضاحي والهدايا لكون القربة تجمعها . وحجة الفريق الثاني إطلاق اللفظ في الآية .

فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه . والذين قالوا : إن للعيوب تأثيرًا في منع الإجزاء اختلفوا في عيب مما يعتبر في الإجزاء أو عدمه . أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في أنه مانع للإجزاء ، واختلفوا فيما دون ذلك ، فمنها هل يجوز قطع اليد الواحدة ؟ أجازه أبو حنيفة ، ومنعه مالك والشافعي . وأما الأعور فقال مالك : لا يجزي ، وقال عبد الملك : يجزي . وأما قطع الأذنين فقال مالك : لا يجزي ، وقال أصحاب الشافعي : يجزي . وأما الأصم فاختلف فيه في مذهب مالك ، فقيل : يجزي ، وقيل لا يجزي . وأما الأخرس فلا يجزي عند مالك ، وعن الشافعي في ذلك قولان أما المجنون فلا يجزي ؛ أما الخصي فقال ابن القاسم : لا يعجبني الخصي ، وقال غيره : لا يجزي ، وقال الشافعي : يجزي . وإعتاق الصغير جائز في قول عامة فقهاء

الأمصار ، وحكي عن بعض المتقدمين منعه . والعرج الخفيف في المذهب يجزي ، أما البيِّن العرج فلا .

والسبب في اختلافهم : اختلافهم في قدر النقص المؤثر في القربة ، وليس له أصل في الشرع إلا الضحايا . وكذلك لا يجزي في المذهب ما فيه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾[1] والتحرير هو ابتداء الإعتاق ، وإذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزًا لا إعتاقا ، وكذلك الشركة لأن بعض الرقبة ليس برقبة ، وقال أبو حنيفة : إن كان المكاتب أدى شيئًا من مال الكتابة ؛ لم يجز ، وإن كان لم يؤد ؛ جاز . واختلفوا هل يجزيه عتق مدبَّرة ؟ فقال مالك : لا يجزيه تشبيها بالكتابة ؛ لأنه عقد ليس له حله ، وقال الشافعي : يجزيه ، ولا يجزي عند مالك إعتاق أم ولده ولا المعتق إلى أجل مسمى . أما عتق أم الولد ؛ فلأن عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير ، بدليل أنهما قد يطرأ عليهما الفسخ . أما في الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم . وأما في التدبير فإذا ضاق عنه الثلث . وأما العتق إلى أجل فإنه عقد عتق لا سبيل إلى حله. واختلف مالك والشافعي مع أبي حنيفة في إجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعي : لا يجزي عنه ، وقال أبو حنيفة : إذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ . فأبو حنيفة شبهه بالرقبة التي لا يجب عتقها ، وذلك أن كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق ، فإذا نوى بذلك التكفير جاز ، والمالكية والشافعية رأت أنه إذا اشترى من يعتق عليه ، عتق عليه من غير قصد إلى إعتاقه فلا يجزيه ، فأبو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق ، وهؤلاء قالوا : لابد أن يكون قاصدًا للعتق نفسه ، فكلاهما يسمى معتقًا باختياره ، ولكن أحدهما معتق بالاختيار الأول ، والآخر معتق بلازم الاختيار ، فكأنه معتق على القصد الثاني ، ومشترٍ على القصد الأول ، والآخر

(١) المجادلة : (٣) .

بالعكس . واختلف مالك والشافعي فيمن أعتق نصفي عبدين ، فقال مالك : لا يجوز ذلك ، وقال الشافعي : يجوز لأنه في معنى الواحد ، ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ ، فهذا ما اختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الإطعام فإنهم اختلفوا من ذلك في القدر الذي يجزي لمسكين مسكين من الستين مسكينًا ، الذين وقع عليهم النص ، فعن مالك في ذلك ، روايتان أشهرهما أن ذلك مدّ بمد هشام لكل واحد ، وذلك مدان بمد النبي ﷺ ، وقد قيل : هو أقل ، وقد قيل : هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبي ﷺ ، وبه قال الشافعي . فوجه الرواية الأولى اعتبار الشبع غالبًا ؛ أعني : الغداء والعشاء ، ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفارة اليمين ، فهذا هو اختلافهم في شروط الصحة في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها ، فمنها إذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزي في ذلك كفارة واحدة ، أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة ؟ فعند مالك أنه يجزي في ذلك كفارة واحدة ، وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن إن اثنتين فاثنتين ، وإن ثلاثًا فثلاثًا ، وإن أكثر فأكثر ، فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ، ومن شبهه بالإيلاء أوجب فيه كفارة واحدة ، وهو بالإيلاء أشبه . ومنها إذا ظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة ، أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها ؟ فقال مالك : ليس عليه إلا كفارة واحدة ، إلا أن يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية ، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لكل ظهار كفارة . وأما إذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك أن في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة أن ذلك راجع إلى نيته ، فإن قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة ، وإن أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار . وقال يحيى بن سعيد : تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء

كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى .

والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد ، والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين ، فإن كرر اللفظ من امرأة واحدة ، فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار ، أم لا يوجب ذلك فيه تعددًا ؟ وكذلك إن كان اللفظ واحدًا والمظاهر منها أكثر من واحدة ؟ وذلك أن هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين ، فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ، ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه . ومنها إذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا ؟ فأكثر فقهاء الأمصار مالك ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، والأوزاعي ، وأحمد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود ، والطبري وأبو عبيد : أن في ذلك كفارة واحدة ، والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي[1] : « أنه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله ﷺ ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر ، فأتى رسول الله ﷺ فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرًا واحدًا » وقال قوم : عليه كفارتان : كفارة العزم على الوطء، وكفارة الوطء، لأنه وطئ وطأً محرمًا ، وهو مروي عن عمرو بن العاص ، وقبيصة بن ذؤيب ، وسعيد بن جبير وابن شهاب ، وقد قيل : إنه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء ، لأن الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس ، فإذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب إلا بأمر مجدد ، وذلك معدوم في مسألتنا وفيه شذوذ . وقال أبو محمد بن حزم : من كان فرضه الإطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الإطعام ، وإنما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

□ ٢٤ - كتاب اللعان □

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه :

الفصل الأول : في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها .

الفصل الثاني : في صفات المتلاعنين .

الفصل الثالث : في صفة اللعان .

الفصل الرابع : في حكم نكول أحدهما أو رجوعه .

الفصل الخامس : في الأحكام اللازمة لتمام اللعان .

فأما الأصل في وجوب اللعان ، أما من الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ** ﴾[1] الآية . وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني[2]:« إذ جاء إلى عاصم بن عدي العجلاني رجل من قومه فقال له : يا عاصم ، أرأيت رجلًا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلوه ؟ أم كيف يفعل ؟ سل يا عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فسأل عاصم عن ذلك رسول الله ﷺ ، فلما رجع عاصم إلى أهله جاء عويمر فقال : يا عاصم،ماذا قال لك رسول الله ﷺ ؟ فقال لم

(١) النور : (٦) .

(٢) أخرجه البخاري (٩ /٣٦١ رقم ٥٢٥٩) ، ومسلم (٢ /١١٢٩ رقم ١ /١٤٩٢) ، وأبو داود (٦٧٩/٢ رقم ٢٢٤٥) ، والنسائي (١٧٠/٦ - ١٧١) ، وابن ماجه (٦٦٧/١ رقم ٢٠٦٦) ، وابن الجارود (رقم ٧٥٦) ، والدارمي (١٥٠/٢) ، ومالك (٢ /٥٦٦ رقم ٣٤) ، والبيهقي (٧ /٣٩٨ -٣٩٩) ، وغيرهم . من حديث ابن شهاب ، عن سهل بن سعد : أن عويمر العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي فذكره ، وله عندهم ألفاظ .

تأتني بخير ، قد كره رسول الله ﷺ المسألة التي سألت عنها ، فقال : والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ وسط الناس فقال : يا رسول الله أرأيت رجلًا وجد مع امرأته رجلًا أيقتله فتقتلوه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله ﷺ : قد نَزَلَ فِيكَ وفي صَاحِبَتِكَ قُرآنٌ فاذْهَبْ فأْتِ بِهَا ، قال سهل : فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ ، فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثًا قبل أن يأمره بذلك رسول الله ﷺ » قال مالك : قال ابن شهاب : فلم تزل تلك سنة المتلاعنين . وأيضًا من جهة المعنى لما كان الفراش موجبًا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده ، وتلك الطريق هي اللعان ، فاللعان حكم ثابت بالكتاب ، والسنة والقياس والإجماع ، إذ لا خلاف في ذلك أعلمه ، فهذا هو القول في إثبات حكمه .

○ الفصل الأول ○

[في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها]

وأما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهي أولًا صورتان : **إحداهما** : دعوى الزنا . **الثاني** : نفي الحمل . ودعوى الزنا لا يخلو أن تكون مشاهدة ، أعني : أن يدعي أنه شاهدها تزني ، كما يشهد الشاهد على الزنا ، أو تكون دعوى مطلقة . وإذا نفى الحمل فلا يخلو أن ينفيه أيضًا نفيًا مطلقًا ، أو يزعم أنه لم يقربها بعد استبرائها ، فهذه أربعة أحوال بسائط ، وسائر الدعاوى تتركب عن هذه ، مثل أن يرميها بالزنا وينفي الحمل ، أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا إذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه ، قالت المالكية : إذا زعم أنه لم يطأها بعد ، وأما وجوب اللعان بمجرد القذف ، فالجمهور على جوازه ، الشافعي ، وأبو حنيفة ، والثوري ، وأحمد ، وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك ، فإنه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف ، وقد قال بن القاسم أيضًا إنه يجوز ، وهي أيضًا رواية عن مالك . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم** ﴾[1] الآية . ولم يخص في الزنى صفة دون صفة ، كما قال في إيجاب حد القذف . وحجة مالك ظواهر الأحاديث الواردة في ذلك ، منها قوله في حديث سعد[2]: « أرأيت لو أن رجلًا وجد مع امرأته رجلًا »

---

(١) النور : (٦) .

(٢) أي سعد بن معاذ . وسيأتي قوله في حديث ابن عباس الآتي ، وقد سبق هذا اللفظ في حديث سهل بن سعد الذي قبله . وعزوه إليه أولى ، لا إلى سعد .

وحديث ابن عباس[1] ، وفيه : « فجاءَ رسولَ الله ﷺ فقال : والله يا رسول الله ، لقد رأيت بعيني وسمعت بأذني ، فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه ، فنزلت : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم** ﴾[2] الآية وأيضًا فإن الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة . وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك ، وهو إذا ظهر بها حمل بعد اللعان ، فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما سقوط الحمل عنه ، والأخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب أن من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا أن تكون في العصمة . واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثًا هل يكون بينهما لعان أم لا ؟ فقال مالك والشافعي والأوزاعي وجماعة : بينهما لعان ؛ وقال أبو حنيفة : لا لعان بينهما إلا أن ينفي ولدًا ولا حد ، وقال مكحول والحكم وقتادة : يحد ولا يلاعن . وأما إن نفى الحمل فإنه كما قلنا على وجهين : أحدهما أن يدعي أنه استبرأها و لم يطأها بعد الاستبراء ، وهذا ما لا خلاف فيه ، واختلف قول مالك في الاستبراء ،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢ /٦٨٨ رقم ٢٢٥٦) ، والطيالسي (١ /٣١٩ رقم ١٦٢٠) ، وأحمد (١ /٢٣٨ -٢٣٩) ، والبيهقي (٧ /٣٩٤ -٣٩٥) من طريق عباد بن منصور ، عن عكرمة ، عن ابن عباس ، وقد صحح الشيخ أحمد شاكر إسناد الحديث ، ودافع عن عباد في تخريجه لمسند أحمد (٤ /٦ رقم ٢١٣١) .

● وأخرجه البخاري (٨ /٤٤٩ رقم ٤٧٤٧) ، وأبو داود (٢ /٦٨٦ رقم ٢٢٥٤) ، والترمذي (٥ /٣٣١ رقم ٣١٧٩) وقال : هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه . وأخرجه ابن ماجه (١/٦٦٨ رقم ٢٠٦٧) ، والبيهقي (٧/٣٩٣ - ٣٩٤) من طريق هشام بن حسان ، قال : حدثنا عكرمة عن ابن عباس .

● وأخرجه مسلم (٤ /٢٠٩ - ٢١٠) الآفاق ، والنسائي (٦ /١٧٣ رقم ٣٤٧٠) ، وأحمد (١/٣٣٥ -٣٣٦ ، ٣٥٧ ، ٣٦٥) من طريق عبد الرحمن بن القاسم ، عن القاسم بن محمد ، عن ابن عباس .

والخلاصة أن الحديث صحيح . وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم : ٢٠٩٨) .

(٢) النور : (٦) .

فقال مرة : ثلاث حيض ، وقال مرة : حيضة . وأما نفيه مطلقًا ، فالمشهور عن مالك أنه لا يجب بذلك لعان ، وخالفه في هذا الشافعي وأحمد وداود ، وقالوا : لا معنى لهذا لأن المرأة قد تحمل مع رؤية الدم ، وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعي أنه لا يجوز نفي الحمل مطلقًا من غير قذف . واختلفوا من هذا الباب في فرع ، وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور : ينفيه وهي حامل ، وشرط مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان ، وقال الشافعي : إذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له أن ينفيه بعد الولادة ، وقال أبو حنيفة : لا ينفي الولد حتى تضع . وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس(١) وابن مسعود(٢) وأنس(٣) وسهل

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه مسلم (٢/١١٣٣ رقم ١٠/١٤٩٥)، وأبو داود (٢/٦٨٥ رقم ٢٢٥٣)، وابن ماجه (١ /٦٦٩ رقم ٢٠٦٨) ، وأحمد (١/٤٢١ -٤٢٢) ، والبيهقي (٧ /٤٠٥) .

عن عبد الله بن عباس ، قال : إنَّا ليلةَ الجمعةِ في المسجد . إذ جاء رجل من الأنصار فقال : لو أنَّ رجلاً وجدَ مع امرأتِهِ رجلاً فتكلَّمَ جلدتموه ، أو قتلَ قتلتموهُ ؛ وإن سكتَ سكتَ على غيظٍ . واللهِ لأسألنَّ عنه رسول الله ﷺ فلما كان من الغد أتى رسول الله ﷺ فسأله .فقال : لو أن رجلاً وجدَ مع امرأتِهِ رجلاً فتكلَّمَ جلدتموه ، أو قتل قتلتموه ، أو سكت سكتَ على غيظ . فقال : « اللهم افتح » وجعل يدعُو ؛ فنزلتْ آيةُ اللعان : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداءُ إلا أنفسهم ﴾ ، هذه الآيات . فابتُلي به ذلك الرجُلُ من بين الناس . فجاء هو وامرأتُهُ إلى رسول الله ﷺ فتلاعنا . فشهد الرجل أربعَ شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، ثم لعنَ الخامسةَ أن لعنة اللهِ عليه إن كان من الكاذبين . فذهبت لتلعَنَ . فقال لها رسول الله ﷺ : « مَهْ » فأبت فلعنت . فلما أدْبَرَ قال : « لعلها أن تجيء به أسودَ جعداً » فجاءت به أسود جعداً .

(٣) أخرجه مسلم (٢ /١١٣٤ رقم ١١ /١٤٩٦) ، والنسائي (٦ /١٧١ -١٧٢) ، وأحمد (٣ /١٤٢) . =

ابن سعد[١] « أن النبي ﷺ حين حكم باللعان بين المتلاعنين قال : إنْ جاءَتْ بِهِ عَلى صِفَةِ كَذَا فَما أَرَاهُ إلَّا قَدْ صَدَّقَ علَيْها » قالوا : وهذا يدل على أنها كانت حاملًا في وقت اللعان . وحجة أبي حنيفة أن الحمل قد ينفش ويضمحل ، فلا وجه اللعان إلا على يقين . ومن حجة الجمهور أن الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة : كالنفقة والعدة ومنع الوطء ، فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك ، وعند أبي حنيفة أنه يلاعن وإن لم ينف الحمل إلا وقت الولادة ، وكذلك ما قرب من الولادة و لم يوقت في ذلك وقتًا ، ووقتا صاحباه أبو يوسف ومحمد فقالا : له أن ينفيه ما بين أربعين ليلة من وقت الولادة . والذين أوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على أن له نفيه في وقت العصمة ، واختلفوا في نفيه بعد الطلاق ، فذهب مالك إلى أن له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش[٢] ، وذلك هو أقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من أربع سنين

= عن أنس بن مالك قال إنَّ هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أَخا البراء بن مالك لأمه . وكان أول رجل لاعن في الإسلام . قال : فلاعنها . فقال رسول الله ﷺ : « أبصروها ، فإن جاءت به أبيضَ سَبِطاً قَضِيِءَ العينين فهو لهلال ابن أميةَ ، وإن جاءَتْ به أكحلَ جعداً حَمْشَ الساقين ، فهو لشريك بن سحماء » .

● سبطاً : هو المسترسل الشعر .

● قضيء العينين : على وزن فعيل . معناه فاسدهما بكثرة دمع ، أو حمرة أو غير ذلك .

● حمش الساقين : أي دقيقهما . والحموشة الدقة .

(١) تقدم تخريجه ، ولكنه بالزيادة التي ذكر المصنف عند أحمد (٥ /٣٣٤) ، والبخاري (٩ /٤٥٣ رقم ٥٣٠٩) ، وأبو داود (٢ /٦٨٢ رقم ٢٢٤٨) ، وابن ماجه (١ /٦٦٧ رقم ٢٠٦٦) .

(٢) أخرج البخاري (٤ /٢٩٢ رقم ٢٠٥٣) ، ومسلم (٢ /١٠٨٠ رقم ٣٦ / ١٤٥٧) من حديث عائشة مرفوعاً : « الولد للفراش وللعاهر الحجر .. » . وله طرق كثيرة حتى عد متواتراً .

عنده أو خمس سنين ، وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق إذا لم يزل منكرًا له ، وبقريب من هذا المعنى قال الشافعي ، وقال قوم : ليس له أن ينفي الحمل إلا في العدة فقط ، وإن نفاه في غير العدة حده وألحق به الولد ، فالحكم يجب به عند الجمهور إلى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك ، فإن الظاهرية ترى أن أقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك ، وهي التسعة أشهر وما قاربها ، ولا اختلاف بينهم أنه يجب الحكم به في مدة العصمة ، فما زاد على أقصر مدة الحمل وهي الستة أشهر ؛ أعني : أن يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو إمكانه ، لا من وقت العقد ، وشذ أبو حنيفة فقال : من وقت العقد ، وإن علم أن الدخول غير ممكن حتى أنه إن تزوج عنده رجل بالمغرب الأقصى امرأة بالمشرق الأقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد أنه يلحق به إلا أن ينفيه بلعان ، وهو في هذه المسألة ظاهريّ محض ، لأنه إنما اعتمد في ذلك عموم قوله ﷺ : « الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »[1] وهذه المرأة قد صارت فراشًا له بالعقد ، فكأنه رأى أن هذه عبادة غير معللة ، وهذا شيء ضعيف . واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع ، وهو أنه إذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات : **إحداها** : أنه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن . **والثانية** : أنه يلاعن وينفي الولد . **والثالثة** : أنه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه .

وسبب الخلاف هل يلتفت إلى إثباته مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا ؟ واختلفوا أيضًا من هذا الباب في فرع ، وهو إذا أقام الشهود على الزنى هل له أن يلاعن أم لا ؟ فقال أبو حنيفة وداود : لا يلاعن ، لأن اللعان إنما جعل عوض الشهود لقوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء**

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

إلا أنفسهم ﴾[1] الآية . وقال مالك والشافعي : يلاعن ؛ لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش .

---

(١) النور : (٦) .

○ الفصل الثاني ○

[في صفات المتلاعنين]

وأما صفة المتلاعنين ، فإن قومًا قالوا : يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا أو عبدين ، أو أحدهما حر والآخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما ، مسلمين كانا أو كان الزوج مسلمًا والزوجة كتابية ، ولا لعان بين كافرين إلا أن يترافعا إلينا ، وممن قال بهذا القول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا لعان إلا بين مسلمين حرين عدلين . وبالجملة فاللعان عندهم إنما يجوز لمن كان من أهل الشهادة . وحجة أصحاب القول الأول عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم** ﴾[1] ولم يشترط في ذلك شرطًا . ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة ، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة ، إذ قد سماهم الله شهداء لقوله : ﴿ **فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله** ﴾[1] ويقولون إنه لا يكون لعان إلا بين من يجب عليه الحد في القذف الواقع بينهما . وقد اتفقوا على أن العبد لا يحد بقذفه ، وكذلك الكافر ، فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب في قذفه الحد ، إذ كان اللعان إنما وضع لدرء الحد مع نفي النسب ، وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده[2]

---

(١) النور : (٦) .

(٢) لم أجده بهذه اللفظة .

وقد أخرجه ابن ماجه (١ /٦٧٠ رقم ٢٠٧١) ، والدارقطني (٣ /١٦٣ رقم ٢٤٠) ، والبيهقي (٧ /٣٩٦ -٣٩٧) .

عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، أن النبي ﷺ قال : « أربع من النساء ، =

أن رسول الله ﷺ قال : « لا لِعانَ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ : العَبْدَيْنِ والكافِرَيْنِ » والجمهور يرون أنه يمين وإن كان يسمى شهادة ، فإن أحدًا لا يشهد لنفسه ، وأما أن الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين في قوله تعالى : ﴿ **إذَا جاءَكَ المنافِقُونَ قالُوا** ﴾ الآية ، ثم قال : ﴿ **اتخذوا أيمَانَهُمْ جُنَّةً** ﴾[1] وأجمعوا على جواز لعان الأعمى ، واختلفوا في الأخرس ، فقال مالك والشافعي : يلاعن الأخرس إذا فهم عنه ، وقال أبو حنيفة : لا يلاعن لأنه ليس من أهل الشهادة ، وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

= لا ملاعنةَ بينهنَّ : النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والحرة تحت المملوك ، والمملوكةُ تحت الحُرِّ » .

قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (١ /٣٥٦ رقم ٧٣٦) : « هذا إسناد ضعيف : ابن عطاء اسمه عثمان بن عطاء متفق على تضعيفه ، رواه الدارقطني في سننه من طريق عمرو بن شعيب ، عن أبيه عن جده به ، ومن طريق الدارقطني رواه البيهقي في سننه . ورواه الحاكم في المستدرك عن طريق يحيى بن أبي أنيسة عن عمرو بن شعيب به ، ورواه البيهقي في الكبرى عن الحاكم ، وقال البيهقي : يحيى بن أبي أنيسة متروك قلت : وله شاهد من حديث عبد الله بن عباس ، رواه ابن ماجه وابن عدي والبيهقي كما بينته في زوائد البيهقي ، في إسناده : عثمان بن عطاء متفق على تضعيفه » . اهـ

قلت : الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه (ص ١٥٨ رقم ٤٤٩)

(١) المنافقون : (١ - ٢) .

○ الفصل الثالث ○

[في صفة اللعان]

فأما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء ، وليس بينهم في ذلك كبير خلاف ، وذلك على ظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآية ، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزني ، وأن ذلك الحمل ليس مني ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم تشهد هي أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به ثم تخمس بالغضب ، هذا كله متفق عليه . واختلف الناس هل يجوز أن يبدل مكان اللعنة الغضب ، ومكان الغضب اللعنة ، ومكان أشهد أقسم ، ومكان قوله بالله غيره من أسمائه ؟ والجمهور على أنه لا يجوز من ذلك إلا ما نص عليه من هذه الألفاظ أصله عدد الشهادات ، وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

○ الفصل الرابع ○

[في حكم نكول أحدهما أو رجوعه]

فأما إذا نكل الزوج فقال الجمهور : إنه يحد ، وقال أبو حنيفة : إنه لا يحد ويحبس . وحجة الجمهور عموم قوله تعالى : ﴿ **والذين يرمون المحصنات** ﴾[1] الآية وهذا عام في الأجنبي والزوج ، وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود ، فوجب إذا نكل أن يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود : أعني : أنه يحد ، وما جاء أيضًا من حديث ابن عمر[2] وغيره في قصة العجلاني من قوله ﷺ[3] : « إنْ قَتَلْتُ قُتِلْتُ ، وإنْ نَطَقْتُ جُلِدْتُ ، وإنْ سَكَتُّ سَكَتُّ عَلَى غَيْظٍ » . واحتج الفريق الثاني بأن آية اللعان لم تتضمن إيجاب الحد عليه عند النكول والتعريض لإيجابه زيادة في النص ، والزيادة عندهم نسخ ، والنسخ لا يجوز بالقياس ولا بأخبار الآحاد ، قالوا : وأيضًا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير في إسقاطه ؛ لأن الالتعان يمين فلم يسقط به الحد عن الأجنبي ، فكذلك الزوج ، والحق أن الالتعان يمين مخصوصة ، فوجب أن يكون لها حكم مخصوص ، وقد نص على المرأة أن اليمين يدرأ عنها العذاب ، فالكلام فيما هو العذاب الذي يندرئ عنها باليمين ، وللاشتراك الذي في اسم العذاب اختلفوا

---

(١) النور : (٤) .

(٢) أخرجه مسلم (٢ /١١٣١ رقم ٤ /١٤٩٣) ، والبيهقي (٧ /٤٠٤) .

(٣) كذا وقع في الأصل من قوله ﷺ ، وكأنه تحريف ، والصواب من قوله يعني العجلاني للنبي ﷺ . كما سبق في حديث ابن مسعود قريباً . ومن حديث سهل ابن سعد قريباً أيضاً .

أيضًا في الواجب عليها إذا نكلت ، فقال الشافعي ، ومالك ، وأحمد ، والجمهور : إنها تحد وحدّها الرجم ، إن كان دخل بها ووجدت فيها شروط الإحصان ، وإن لم يكن دخل بها فالجلد . وقال أبو حنيفة : إذا نكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن ، وحجته قوله ﷺ: « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِحْدَى ثَلَاثٍ: زِنا بَعْدَ إِحْصَانٍ ، أَوْ كُفْرٌ بَعْدَ إِيمَانٍ ، أَوْ قَتْلُ نَفْسٍ بِغَيْرِ نَفْسٍ »[١]. وأيضًا فإن سفك الدم بالنكول حكم ترده الأصول ، فإنه إذا كان كثير من الفقهاء لا يوجبون غرم المال بالنكول ، فكان بالحري أن لا يجب بذلك سفك الدماء . وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لا تراق إلا بالبينة العادلة ، أو بالاعتراف ، ومن الواجب ألا تخصص هذه القاعدة بالاسم المشترك ، فأبو حنيفة في هذه المسألة أولى بالصواب إن شاء الله . وقد اعترف أبو المعالي في كتابه البرهان بقوة أبي حنيفة في هذه المسألة ، وهو شافعي . واتفقوا على أنه إذا أكذب نفسه حُدَّ وألحق به الولد إن كان نفى ولدًا. واختلفوا هل له أن يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على أن الفرقة تجب باللعان ، إما بنفسه وإما بحكم حاكم على ما نقوله بعد ؛ فقال مالك والشافعي والثوري وداود وأحمد وجمهور فقهاء الأمصار : إنهما لا يجتمعان أبدًا وإن أكذب نفسه ؛ وقال أبو حنيفة وجماعة : إذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبًا من الخطاب ، وقد قال قوم : ترد إليه امرأته . وحجة الفريق الأول قول رسول الله ﷺ : « لا سَبِيلَ لكَ عَلَيْها »[٢] ولم يستثن فأطلق التحريم . وحجة الفريق الثاني أنه إذا أكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان ،

---

(١) تقدم تخريجه في أول الصلاة .

(٢) أخرج البخاري (٩ /٤٩٦ رقم ٥٣٥٠) ، ومسلم (٢ /١١٣١ رقم ٥ /١٤٩٣) ، من حديث ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين : « حسابُكما على الله ، أحدُكما كاذب ، لا سبيل لكَ عليها ، قال : يا رسول الله مالي ، قال : لا مالَ لكَ ، إن كنت صدقْتَ عليها فهو بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كذبتَ عليها فذاكَ أبعدُ لَكَ منها » .

فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه ، وذلك أن السبب الموجب للتحريم ، إنما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بأن أحدهما كاذب ، فإذا انكشف ارتفع التحريم .

○ الفصل الخامس ○
[في الأحكام اللازمة لتمام اللعان]

فأما موجبات اللعان ، فإن العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل : منها هل تجب الفرقة أم لا ؟ وإن وجبت فمتى تجب ؟ وهل تجب بنفس اللعان ، أم بحكم حاكم ؟ وإذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ ؟ فذهب الجمهور إلى أن الفرقة تقع باللعان لما اشتهر من ذلك في أحاديث اللعان « من أن رسول الله ﷺ فرق بينهما »[1]. وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه : فكانت تلك سنة المتلاعنين[1] ، ولقوله ﷺ : « لا سبيل لك عليها » وقال عثمان البتي ، وطائفة من أهل البصرة : لا يعقب اللعان فرقة ، واحتجوا بأن ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ، ولا هو صريح في الأحاديث ؛ لأن في الحديث المشهور أنه طلقها بحضرة النبي ﷺ فلم ينكر ذلك عليه[2] . وأيضًا فإن اللعان إنما شرع لدرء حد القذف ، فلم يوجب تحريمًا تشبيها بالبينة .

وحجة الجمهور أنه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وإبطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبدًا ، وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة ، وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ، ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفرقة ، وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة : إنها تقع إذا فرغا جميعًا من اللعان . وقال الشافعي :

---

(١) تقدم كل هذا في أحاديث اللعان .

(٢) تقدم أيضاً .

إذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقه . وقال أبو حنيفة : لا تقع إلا بحكم حاكم ، وبه قال الثوري وأحمد . وحجة مالك على الشافعي حديث ابن عمر[1] قال : « فرّق رسول الله ﷺ بين المتلاعنين وقال : حِسابُكُما عَلى اللّهِ ، أَحَدُكُما كاذِب ، لا سَبيلَ لَكَ عَلَيْها » وما روي أنه لم يفرق بينهما إلا بعد تمام اللعان[2] . وحجة الشافعي : أن لعانها إنما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ، ولعان الرجل هو المؤثر في نفي النسب ، فوجب إن كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل تشبيهًا بالطلاق . وحجتهما جميعًا على أبي حنيفة أن النبي ﷺ : أخبرهما بوقوع الفرقة عند وقوع اللعان منهما ، فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى أن الفراق إنما نفذ بينهما بحكمه وأمره ﷺ بذلك حين قال : « لا سبيل لك عليها »[3] فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما أن حكمه شرط في صحة اللعان .

فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة ، وبين من لم ير ذلك أن تفريق النبي ﷺ بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور ؛ لأنه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة ، والأصل أن لا فرقة إلا بطلاق ، وأنه ليس في الشرع تحريم يتأبد ؛ أعني : متفقًا عليه ، فمن غلب هذا الأصل على المفهوم لاحتماله نفي وجوب الفرقة[4] ؛ قال بإيجابها .

وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه ، فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الأحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم ،

---

(١) تقدم أيضاً .

(٢) هذا معروف من الأحاديث السابقة .

(٣) تقدم تخريجه .

(٤) هكذا الأصول ، ولعل فيه سقطا هكذا : « ومن قال بالمفهوم ؛ قال بإيجابها . تأمل . اهـ مصححه .

أو التي لا يشترط ذلك فيها .

وأما المسألة الرابعة ، وهي إذا قلنا : إن الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق ، فإن القائلين بالفرقة اختلفوا في ذلك ، فقال مالك والشافعي : هو فسخ ، وقال أبو حنيفة : هو طلاق بائن . وحجة مالك تأبيد التحريم به فأشبه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق ، قياسًا على فرقة العنين إذ كانت عنده بحكم حاكم .



□ ٢٥ - كتاب الإحداد □

أجمع المسلمون على أن الإحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة ، إلا الحسن وحده . واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة ، وفيما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع ، فقال مالك : الإحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الأمة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا إحداد عليها عنده ، وبه قال فقهاء الأمصار ، وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ، ورروياه عن مالك ، وبه قال الشافعي ، أعني : أنه لا إحداد على الكتابية ، وقال أبو حنيفة : ليس على الصغيرة ولا على الكتابية إحداد ، وقال قوم : ليس على الأمة المزوجة إحداد ، وقد حكي ذلك عن أبي حنيفة ، فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه إحداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه إحداد .

وأما اختلافهم من قبل العدد فإن مالكًا قال : لا إحداد إلا في عدة الوفاة . وقال أبو حنيفة ، والثوري : الإحداد في العدة من الطلاق البائن واجب ، وأما الشافعي فاستحسنه للمطلقة و لم يوجبه .

وأما الفصل الثالث : وهو ما تمتنع الحادة منه مما لا تمتنع عنه ، فإنها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية للرجال إلى النساء ، وذلك كالحلي والكحل ، إلا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد ، فإنه لم يكره مالك لها لبس السواد ، ورخص كلهم في الكحل عند الضرورة ، فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة ، وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل

دون النهار . وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحادة متقاربة ، وذلك ما يحرك الرجال بالجملة إليهن . وإنما صار الجمهور لإيجاب الإحداد في الجملة ؛ لثبوت السنة بذلك عن رسول الله ﷺ ، فمنها حديث أم سلمة[1] زوج النبي ﷺ : « أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إن ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفتكتحلهما ، فقال رسول الله ﷺ : لا ، مرتين أو ثلاثًا كل ذلك يقول لها لا ، ثم قال : إنما هِيَ أَربَعَةُ أشهُرٍ وَعَشْرٌ ، وَقَدْ كانَتْ إحْدَاكُنَّ تَرمي بالبَعْرَة عَلى رَأسِ الحَوْلِ » وقال أبو محمد : فعلى هذا الحديث يجب التعويل على القول بإيجاب الإحداد . وأما حديث أم حبيبة[2] حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ، ثم قالت : والله مالي به من حاجة ، غير أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « لا يحلُّ لامْرأةٍ مُؤْمِنَةٍ تُؤْمِنُ باللّٰهِ واليْوم الآخِرِ أن تُحِدَّ عَلى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلاثِ لَيالٍ ، إلا عَلى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »

---

(١) أخرجه البخاري (٩/٤٨٤-٤٨٥ رقم ٥٣٣٦ و ٥٣٣٧) ، ومسلم (٢/١١٢٤ رقم ٥٨ /١٤٨٨ و ٥٨ /١٤٨٩) . من حديث حُميد بن نافع ، عن زينب بنت أم سلمة ، قالت : سمعت أم سلمة تقول : مثله : إلى قوله : ترمي بالبعرةِ على رأس الحول . قال حُميد : فقلت لزينب : وما ترمي بالبعرة على رأس الحول ؟ فقالت زينب : كانت المرأة إذا توفيَ عنها زوجُها ؛ دخلت حِفْشاً ولبست شرَّ ثيابها ، ولم تمسَّ طيباً ولا شيئاً ، حتى تمرَّ بها سنة ، ثم تؤتى بدابّة ، حمارٍ أو شاةٍ أو طير فتفتضُّ به ، فقلما تفتضُّ بشيء إلا مات ، ثم تخرجُ فتعطى بعرةً فترمي بها ، ثم تُراجِعُ بعد ، ما شاءت من طيب أو غيره .

(٢) أخرجه البخاري (٩ /٤٨٤ رقم ٥٣٣٤) ، ومسلم (٢ /١١٢٣ رقم ٥٨ / ١٤٨٦) ، وأبو داود (٢ /٧٢١ رقم ٢٢٩٩) ، والترمذي (٣ /٥٠٠ رقم ١١٩٥) ، والنسائي (٦ /٢٠١) ، وأحمد (٦ /٣٢٥ ، ٣٢٦ ، ٤٢٦) ، ومالك (٢ /٥٩٦ رقم ١٠١) وغيرهم .

من حديث زينب بنت أم سلمة عنها أنها دخلت عليها لما توفي أبوها أبو سفيان ، فذكرت الحديث كما عند المصنف .

فليس فيه حجة ؛ لأنه استثناء من حظر فهو يقتضي الإباحة دون الإيجاب . وكذلك حديث زينب بنت جحش[1] قال القاضي : وفي الأمر إذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين ، أعني : هل يقتضي الوجوب أو الإباحة .

وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة : أن من رأى أن الإحداد عبادة لم يُلزِمه الكافرة ، ومن رأى أنه معنى معقول ، وهو تشوف الرجال إليها وهي إلى الرجال ، سوَّى بين الكافرة والمسلمة، ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء ؛ فرّق بين الصغيرة والكبيرة إذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال إليها . ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج »[2] قال : وشرطه الإيمان في الإحداد يقتضي أنه عبادة وأما من فرق بين الأمة والحرة ، وكذلك الكتابية ؛ فلأنه زعم أن عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق : **أحدهما** : الإحداد ، **والثاني** : ترك الخروج ، فلما سقط ترك الخروج عن الأمة بتبذلها والحاجة إلى استخدامها سقط عنها منع الزينة .

وأما اختلافهم في المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والأمة . وأما الأمة بملك اليمين وأم الولد ، فإنما صار الجمهور إلى إسقاط الإحداد عنها لقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد إلا على زوج »[2] فعلم بدليل الخطاب أن من عدا ذات الزوج ، لا يجب عليها إحداد ، ومن أوجبه على المتوفى عنها زوجها دون المطلقة ، فتعلق بالظاهر المنطوق به ، ومن ألحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى ، وذلك أنه يظهر من معنى الإحداد أن المقصود به ألا

---

(١) أخرجه البخاري (٩ /٤٨٤ رقم ٥٣٣٥) ، ومسلم (٢ /١١٢٤ رقم ٥٨ / ١٤٨٧) ، وأبو داود (٢ /٧٢٢) ، والترمذي (٣ /٥٠١ رقم ١١٩٦) ، والنسائي (٦ /٢٠١ -٢٠٢) .

(٢) تقدم تخريجه .

تتشوف إليها الرجال في العدة ، ولا تتشوف هي إليهم ، وذلك سدا للذريعة لمكان حفظ الأنساب ، والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه ، والشكر على نعمه ، ويتلوه كتاب البيوع إن شاء الله تعالى .

□ ٢٦ - كتاب البيوع □

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل : في معرفة أنواعها . وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها . وفي معرفة شروط الفساد . وفي معرفة أحكام البيوع الصحيحة . وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة . فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ، ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها ، وأحكام بيوع الصحة ، وأحكام البيوع الفاسدة . ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أو لأكثرها ، ومنها خاصة ، وكذلك الأمر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعي أن نذكر المشترك من هذه الأصناف الأربعة ، أعني : العام من أسباب الفساد ، وأسباب الصحة ، وأحكام الصحة ، وأحكام الفساد لجميع البيوع ، ثم نذكر الخاص من هذه الأربعة بواحد واحد من البيوع ، فينقسم هذا الكتاب باضطرار إلى ستة أجزاء :

الجزء الأول : تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة .

والثاني : تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضًا : أعني : في كلها أو أكثرها إذ كانت أعرف من أسباب الصحة .

الثالث : تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا .

الرابع : نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة ، أعني الأحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أو لأكثرها .

الخامس : نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة ، أعني : إذا وقعت .

السادس : نذكر فيه نوعًا نوعًا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

• **الجزء الأول .**

إن كل معاملة وجدت بين اثنين ، فلا يخلو أن تكون عينًا بعين ، أو عينًا بشيء في الذمة ، أو ذمة بذمة ، وكل واحد من هذه الثلاث إما نسيئة وإما ناجز ، وكل واحد من هذه أيضًا إما ناجز من الطرفين وإما نسيئة من الطرفين ، وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخرِ ، فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز بإجماع لا في العين ولا في الذمة ؛ لأنه الدين بالدين المنهي عنه(1) . وأسماء هذه البيوع منها ما يكون من قبل صفة العقد وحال العقد ، ومنها ما يكون من قبل صفة العين المبيعة ، وذلك أنها إذا كانت عينًا بعين فلا تخلو أن تكون ثمنًا بمثمون ، أو ثمنًا بثمن ، فإن كانت ثمنًا بثمن ، سمي صرفًا ، وإن كانت ثمنًا بمثمون سمي بيعًا مطلقًا ، وكذلك مثمونًا بمثمون على الشروط التي تقال بعد ، وإن كان عينًا بذمة سمي سلمًا ، وإن كان على الخيار سمى بيع خيار ، وإن كان على المرابحة سمي بيع مرابحة ، وإن كان على المزايدة سمي بيع مزايدة .

---

(1) أخرج الحاكم في المستدرك (٢/٥٧) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥ /٢٩٠) ، والدارقطني في السنن (٣ /٧١ رقم٢٦٩) و (٣ /٧٢ رقم ٢٧٠) .
من حديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » .
وقال الحاكم : حديث صحيح على شرط مسلم .
قلت : لقد أخرج الدارقطني والحاكم الحديث من طريق : « موسى بن عقبة » عن نافع عن ابن عمر به . وغلطهما البيهقي ، وقال : إنما هو « موسى بن عبيدة الربذي » . وأخرجه ابن عدي في الكامل (٦ /٢٣٣٥) وأعله بموسى بن عبيدة هذا ، ونقل تضعيفه عن أحمد ، قال : فقيل لأحمد : إن شعبة يروي عنه ، قال : لو رأى شعبة ما رأينا منه ؛ لم يرو عنه ، قال ابن عدي (٦/٢٣٣٦) والضعف على رواياته بين » .
قلت : وانظر تلخيص الحبير (٣ /٢٦ رقم ١٢٠٥) ، ونصب الراية للزيلعي (٤ /٤٠) .

• الجزء الثاني

وإذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع ، وهي أسباب الفساد العامة وجدت أربعة :

أحدها : تحريم عين المبيع .

والثاني : الربا .

والثالث : الغرر .

والرابع : الشروط التي تئول إلى أحد هذين أو لمجموعهما .

وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد ، وذلك أن النهي إنما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو بيع لا لأمر من خارج . وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج ، فمنها الغش ، ومنها الضرر ، ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ، ومنها لأنها محرمة البيع . ففي هذا الجزء أبواب :

○ الباب الأول ○

[في الأعيان المحرمة البيع]

وهذه على ضربين : نجاسات ، وغير نجاسات . فأما بيع النجاسات فالأصل في تحريمها حديث جابر ، ثبت في الصحيحين[1] قال : قال رسول الله ﷺ : « إنَّ اللّٰهَ وَرَسُولَهُ حَرَّما بَيْعَ الخَمْرِ والمَيْتَةِ والخِنْزِيرِ والأصنامِ ، فقيل : يا رسول الله ، أرأيت شحوم الميتة ، فإنه يطلى بها السفن ويستصبح بها ؟ فقال : لَعَنَ اللّٰهُ اليَهُودَ حُرِّمَتِ الشُّحُومُ عَلَيْهِمْ فَباعُوها وأكَلُوا أثْمَانَها » وقال في الخمر : « إنَّ الَّذِي حَرَّمَ شُرْبَها حَرَّم بَيْعَها »[2] والنجاسات على ضربين : ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها ، وهي الخمر وأنها نجسة ، إلا خلافًا شاذًا في الخمر ، أعني : في كونها نجسة ، والميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة ، وكذلك الخنزير بجميع أجزائه التى تقبل الحياة ، واختلف في الانتفاع بشعره ، فأجازه ابن القاسم ومنه أصبغ .

وأما القسم الثاني : وهي النجاسات التي تدعو الضرورة إلى استعمالها

---

(١) البخاري (٤ /٤٢٤ رقم ٢٢٣٦) ، ومسلم (٣ /١٢٠٧ رقم ٧١ /١٥٨١) قلت : وأخرجه أحمد (٣ /٣٢٤ ، ٣٢٦) ، وأبو داود (٣ /٧٥٦ رقم ٣٤٨٦) ، والترمذي (٣ /٥٩١ رقم ١٢٩٧) ، والنسائي (٧ /٣٠٩ – ٣١٠) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٢ رقم ٢١٦٧) .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١٢٠٦ رقم ٦٨ /١٥٧٩) ، والنسائي (٧ /٣٠٧ – ٣٠٨) ، والبيهقي (٦ /١١) ، والدارمي (٢ /٢٥٦) ، وأحمد (١ /٢٣٠) ، ومالك في الموطأ (٢ /٨٤٦ رقم ١٢) من حديث ابن عباس .

كالرجيع والزبل الذي يتخذ في البساتين ، فاختلف في بيعها في المذهب فقيل : بمنعها مطلقًا ، وقيل : بإجازتها مطلقًا ، وقيل : بالفرق بين العذرة والزبل ، أعني : إباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من أنياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا ؟ فمن رأى أنه ناب ؛ جعله ميتة ، ومن رأى أنه قرن معكوس ؛ جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه في المذهب . وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف في نجاسته ، فمنها الكلب والسنور . أما الكلب فاختلفوا في بيعه ، فقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب أصلًا . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه ، وبين ما لا يجوز اتخاذه ، فاتفقوا على أن ما لا يجوز اتخاذه لا يجوز بيعه للانتفاع به وإمساكه . فأما من أراده للأكل فاختلفوا فيه ، فمن أجاز أكله أجاز بيعه ، ومن لم يجزه على رواية ابن حبيب ؛ لم يجز بيعه . واختلفوا أيضًا في المأذون في اتخاذه ، فقيل : هو حرام ، وقيل : مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان :

أحدهما : ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي ﷺ [1] .

---

(١) ● أخرج البخاري (٤ /٤٢٦ رقم ٢٢٣٧) ، ومسلم (٣ /١١٩٨ رقم ٣٩ / ١٥٦٧) ، وأبو داود (٣ /٧٥٣ رقم ٣٤٨١) ، والترمذي (٣ /٥٧٥ رقم ١٢٧٦) ، والنسائي (٧ /٣٠٩) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٠ رقم ٢١٥٩) ، وأحمد (٤ /١١٨، ١١٩، ١٢٠) وغيرهم .

عن أبي مسعود عُقبة بن عمرو البدري ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ومهْر البغيّ ، وحُلوان الكاهِن » .

● وأخرج أحمد (١ /٢٣٥، ٢٨٩، ٣٥٠، ٣٥٦) ، وأبو داود (٣ /٧٥٤ رقم ٣٤٨٢) وإسناده صحيح .

عن ابن عباس ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، وإن جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه تراباً » .

● وأخرج مسلم (٣ /١١٩٩ رقم ٤٢ /١٥٦٩) ، وأبو داود (٣ /٧٥٢ رقم ٣٤٧٩) ، وأحمد (٣ /٣٣٩ ، ٣٨٦) ، والترمذي (٣ /٥٧٧ رقم ١٢٧٩) ، =

والثاني : أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير ، وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة .

وأما من أجاز فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الأكل ، فجاز بيعه كالأشياء الطاهرة العين ، وقد تقدم أيضًا في كتاب الطهارة استدلال من رأى أنه طاهر العين ، وفي كتاب الأطعمة استدلال من رأى أنه حلال . ومن فرق أيضًا فعمدته أنه غير مباح الأكل ولا مباح الانتفاع به ، إلا ما استثناه الحديث[1] من كلب

= وابن ماجه (٢ /٧٣١ رقم ٢١٦١) : عن أبي الزبير قال : « سألتُ جابراً عن ثمنِ الكلبِ والسِّنَّورِ ؟ قالَ : زَجَرَ النبي ﷺ عن ذلك » .

● وأخرج البخاري (٤ /٤٢٦ رقم ٢٢٣٨) .

عن أبي جحيفة قال : « رأيت أبي اشترى حجاماً فأمَرَ بمحاجمِهِ فكسرِت ، فسألته عن ذلك فقال إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم ، وثمن الكلب ، وكسبِ الأمة ، ولعن الواشمة والمستوشمة وآكل الربا ، وموكلهُ ، ولعن المصور » .

(١) ● أخرج البخاري (٥ /٥ رقم ٢٣٢٣) ، ومسلم (٣/ ١٢٠١ رقم ٥٠/١٥٧٤) ، والنسائي (٧ /١٨٨) ، وابن ماجه (٢ /١٠٦٩ رقم ٣٢٠٦) ، والدارمي (٢ /٩٠) ، وأحمد (٥ /٢١٩ ، ٢٢٠) ، ومالك في الموطأ (٢ /٩٦٩ رقم ١٢) من حديث سفيان بن أبي زهير قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من اقتنى كلباً لايُغني عنه زرعاً ولا ضَرْعاً ؛ نقصَ من أجر عمله كل يوم قيراط » .

● وأخرج البخاري (٥ /٥ رقم ٢٣٢٢) ، ومسلم (٣ /١٢٠٣ رقم ٥٨ / ١٥٧٥) ، وأبو داود (٣ /٢٦٦ رقم ٢٨٤٤) ، والنسائي (٧ /١٨٩) ، وابن ماجه (٢ /١٠٧٩ رقم ٣٢٠٤) ، وأحمد (٢ /٤٢٥ ، ٤٧٣) .

من حديث أبي هريرة ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من أمسكَ كلباً فإنه ينقُص كل يوم من عمله قيراط ، إلا كلبَ حرثٍ أو ماشية » لفظ البخاري ، ولمسلم : « من اتخذ كلباً إلا كلب ماشيةٍ أو صيد أو زرعٍ ؛ انتقص من أجره كل يوم قيراط » .

● وأخرج البخاري (٩ /٦٠٨ رقم ٥٤٨٠) ، ومسلم (٣ /١٢٠١ رقم ٥١ / ١٥٧٤) ، والنسائي (٧ /١٨٨) ، والدارمي (٢ /٩٠) ، وأحمد (٢ /٨) ، ومالك في الموطأ (٢ /٩٦٩ رقم ١٣) . =

الماشية أو كلب الزرع وما في معناه ، ورويت أحاديث[1] غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء أثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت[2] ، ولكن الجمهور على إباحته ؛ لأنه طاهر العين مباح المنافع .

= من حديث ابن عمر ، أن رسول الله ﷺ قال : « من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية ؛ نقصَ من أجره كل يوم قيراطان » .

● وأخرج مسلم (٣ /١٠٢١ رقم ٤٨ /١٥٧٣) ، والنسائي (٧ /١٨٥) ، وابن ماجه (٢/١٠٦٨ رقم ٣٢٠٠) ، والدارمي (٢ /٩٠) ، وأحمد (٤ /٨٦) و (٥ /٥٦) .

من حديث عبد الله بن مغفل قال : « أمر رسول الله ﷺ بقتل الكلاب ، ثم رخص في كلب الصيد وكلب الغنم » .

(١) (منها) : ما أخرجه الترمذي (٣ /٥٧٨ رقم ١٢٨١) عن أبي هريرة ، قال : « نهي عن ثمن الكلب ، إلا كلب الصيد » . قال الترمذي : هذا لا يصح من هذا الوجه ، وأبو المهزِّم اسمه يزيد بن سفيان ، تكلم فيه شعبة بن الحجاج . قلت : بل هو متفق على ضعفه ، انظر تهذيب التهذيب (١٢ /٢٧٢ رقم ١١٤٣) ، وأخرجه البيهقي (٦ /٦) ، والدارقطني (٣ /٧٣ رقم ٢٧٥) و (٣ /٧٢ رقم ٢٧٣) من طرق ..

قلت : وهو حديث حسن بطرقه . وفي الباب عن جابر ، وابن عباس . انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء البيوع .

(٢) ● أخرج مسلم (٣ /١١٩٩ رقم ٤٢ /١٥٦٩) ، والبيهقي (٦ /١٠) . عن أبي الزبير قال : سألت جابراً عن ثمن الكلب والسِّنَّور ؟ قال : « زجر النبي ﷺ عن ذلك » وقد تقدم قريباً .

● وأخرج أحمد (٣ /٢٩٧) ، وأبو داود (٣ /٧٥٣ رقم ٣٤٨٠) ، والترمذي (٣ /٥٧٨ رقم ١٢٨٠) ، وابن ماجه (٢ /١٠٨٢ رقم ٣٢٥٠) ، والبيهقي (٦ /١١) ، عن جابر « أن النبي ﷺ : نهى عن ثمن الهرة » .

وقال الترمذي : هذا حديث غريب ، وعمر بن زيد لا نَعْرِفُ كبير أحَدٍ روى عنه ، غير عبد الرزاق .

قلت : الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في الإرواء (رقم ٢٤٨٧) .

فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الأدلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وما ضارعه بعد اتفاقهم على تحريم أكله ، فقال مالك : لا يجوز بيع الزيت النجس ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجوز إذا بين ، وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك . وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم « أنه سمع رسول الله ﷺ عام الفتح يقول : إنَّ اللّهَ وَرَسُولَهُ حرمَا الخَمْرَ والمَيْتَةَ والخِنْزِيرَ » . وعمدة من أجازه : أنه إذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة ، وحرم منه واحدة من تلك المنافع أنه ليس يلزمه أن يحرم منه سائر المنافع ، ولاسيما إذا كانت الحاجة إلى المنفعة غير المحرمة كالحاجة إلى المحرمة ، فإذا كان الأصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الأكل على الإباحة ؛ أعني : أنه إن كان فيها منافع سوى الأكل فبيعت لهذا ؛ جاز ، ورووا عن علي وابن عباس ، وابن عمر أنهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به ، وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه ، وأجاز ذلك الشافعي أيضًا مع تحريم ثمنه ، وهذا كله ضعيف ، وقد قيل : إن في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للأصل ، أعني : لتحريم البيع . واختلف أيضًا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين : **أحدهما** : جواز ذلك ، **والآخر** : منعه ، وهما مبنيان على أن الزيت إذا خالطته النجاسة : هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة ؟ فمن رآه نجاسة مجاورة ؛ طهره عند الغسل والطبخ ، ومن رآه نجاسة عين ؛ لم يطهره عند الطبخ والغسل .

ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية إذا حلب ، فمالك والشافعي يجوّزانه ، وأبو حنيفة لا يجوزه . وعمدة من أجاز بيعه أنه لبن أبيح شربه ، فأبيح بيعه ، قياسا على لبن سائر الأنعام ، وأبو حنيفة يرى أن تحليله إنما هو لمكان ضرورة الطفل إليه ، وأنه في الأصل محرم ، إذ لحم ابن آدم محرم ، والأصل عندهم أن الألبان تابعة للحوم ، فقالوا في قياسهم هكذا

الإنسان حيوان لا يؤكل لحمه ، فلم يجز بيع لبنه ، أصله لبن الخنزير والآتان .

فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض أقيسة الشبه ، وفروع هذا الباب : كثيرة ، وإنما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ؛ ليجري ذلك مجرى الأصول .

○ الباب الثاني ○

[في بيوع الربا]

واتفق العلماء على أن الربا يوجد في شيئين : في البيع ، وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فأما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان : صنف متفق عليه ، وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه ، وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون ، فكانوا يقولون : أنظرني أزدك ، وهذا هو الذى عناه ﷺ بقوله في حجة الوداع : « أَلا وإن ربا الجاهِلِيَّةِ مَوضُوعٌ وأَوَّلُ رِبا أَضَعُهُ رِبا العَبَّاسِ ابْنِ عَبْد المطَّلِبِ »[1] والثاني « ضَعْ وَتَعَجَّلْ » وهو مختلف فيه ، وسنذكره فيما بعد . وأما الربا في البيع فإن العلماء أجمعوا على أنه صنفان : نسيئه وتفاضل ، إلا ما روي عن ابن عباس من إنكاره الربا في التفاضل ، لما رواه عن النبي ﷺ أنه قال : « لا رِبا إلَّا في النَّسيئَةِ »[2] وإنما صار جمهور الفقهاء إلى أن الربا

---

(١) أخرجه مسلم (٢ /٨٨٩ رقم ١٤٧ /١٢١٨) من حديث جابر الطويل .. وفي الباب :
عن أبي حرة الرقاشي ، عن عمه عند أحمد في المسند (٥ /٧٣) ، والدارمي (٢ /٢٤٦) .
وعن ابن الأحوص ، عند أبي داود (٣ /٦٢٨ رقم ٣٣٣٤) ، والترمذي (٥ /٢٧٣ رقم ٣٠٨٧) وقال : حديث حسن صحيح .

(٢) قلت : ليس هو من حديث ابن عباس ، إنما هو من روايته عن أسامه بن زيد أخرجه أحمد (٥ /٢٠٠) ، والبخاري (٤ /٣٨١ رقم ٢١٧٨) ، ومسلم (٣ /١٢١٧-١٢١٨ رقم ١٠١ ، ١٠٢ ، ١٠٣ /١٥٩٦) ، والنسائي (٧ /٢٨١) ، وابن ماجه (٢/٧٥٨ رقم ٢٢٥٧) وغيرهم. من حديث عمرو بن دينار ، عن أبي صالح الزيات قال : =

في هذين النوعين ؛ لثبوت ذلك عنه ﷺ[1] . والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول :

الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النّساء ، وتبيين علة ذلك .

الثاني : معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء .

الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعًا .

الرابع : في معرفة ما يعد صنفا واحدًا مما لا يعد صنفًا واحدًا .

= « سمعت أبا سعيد الخدري يقول : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم مثلاً بمثل ، من زاد أو ازداد فقد أربى » فقلت له : إن ابن عباس يقول غير هذا . فقال : لقد لقيت ابن عباس فقلتُ : أرأيت هذا الذي تقول ، أشيء سمعتَهُ من رسول الله ﷺ ، أو وجدته في كتاب الله عز وجل ، فقال: لم أسمعه من رسول الله ﷺ ولم أجده في كتاب الله ، ولكن حدثني أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال : « الربا في النَّسِيئَةِ » لفظ مسلم . وفي رواية له : « إنما الربا في النسيئة » وفي أخرى له:« لا رباً فيما كان يداً بيد » . لفظ البخاري « لا رباً إلا في النسيئة » .

(١) سيأتي ذلك في أحاديث الباب .

○ الفصل الأول ○

في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النَّساء وتبيين علة ذلك :

فنقول : أجمع العلماء على أن التفاضل والنساء مما لا يجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الأصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت ، إلا ما حكي عن ابن عباس ، وحديث عبادة[1] هو قال : « سمعت رسول الله ﷺ ينهى عن بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، إلا سواء بسواء ، عينا بعين ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى » فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الأعيان . وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث ، أشهرها حديث عمر بن الخطاب[2] قال : قال رسول الله ﷺ : « الذَّهَبُ بالذَّهَبِ رِبا ، إلَّا

---

(١) أخرجه مسلم (٣ /١٢١٠ رقم ٨٠ /١٥٨٧) واللفظ له .
وأحمد (٥ /٣١٤ ، ٣٢٠) ، والدارمي (٢ /٢٥٨ -٢٥٩) ، وأبو داود (٣ /٦٤٣ رقم ٣٣٤٩) ، والترمذي (٣ /٥٤١ رقم ١٢٤٠) وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي (٧ /٢٧٤ -٢٧٥) ، وابن ماجه (٢ /٧٥٧ رقم ٢٢٥٤) وغيرهم ، وله ألفاظ يأتي بعضها .

(٢) أخرجه البخاري (٤/٣٧٧ رقم ٢١٧٤) ، ومسلم (٣/١٢١٠ رقم ١٥٨٦/٧٩) ، وأبو داود (٣ /٦٤٣ رقم ٣٣٤٨) ، والترمذي (٣ /٥٤٥ رقم ١٢٤٣) ، والنسائي (٧ /٢٧٣) ، وابن ماجه (٢ /٧٥٧ رقم ٢٢٥٣) ، والدارمي (٢ /٢٥٨) ، وأحمد (١ /٢٤ ، ٤٥) ، ومالك (٢ /٦٣٦ رقم ٣٨) وغيرهم ، وعند أكثرهم : « الذهب بالورِق » وهي رواية مالك .

هاءَ وهاءَ ، والبُرُّ بالبُر ربا إلَّا هاءَ وهاءَ والتَّمْرُ بالتَّمْرِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ ، والشَّعِيرُ بالشَّعِيرِ رِبًا إلَّا هاءَ وهاءَ » فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد ، وتضمن أيضًا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه ، وإباحة التفاضل ، وذلك في بعض الروايات الصحيحة[1] ، وذلك أن فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة « وبيعوا الذهب بالورقِ كيف شئتم يدًا بيد، والبر بالشعير كيف شئتم يدًا بيد » وهذا كله متفق عليه بين الفقهاء إلا البر بالشعير . واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها ، فقال قوم منهم أهل الظاهر : إنما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الأصناف الستة فقط ، وأن ما عداها لا يمتنع الصنف الواحد منها التفاضل ، وقال هؤلاء أيضًا : إن النساء ممتنع في هذه الستة

---

(١) أخرج أحمد (٥ /٣٢٠)، ومسلم (٣ /١٢١١ رقم ٨١ /١٥٨٧) من حديث عبادة ابن الصامت السابق ، وزاد في آخره : « فإذا اختلفت هذه الأصناف ؛ فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » .
ولأبي داود (٣ /٦٤٣ رقم ٣٣٤٩) واللفظ له ، والنسائي (٧ /٢٧٦) عن عبادة أن رسول الله ﷺ قال : « الذهب بالذهب تِبْرُها وعَيْنها ، والفضة بالفضة تِبرها وعينها ، والبر بالبر مُدْيٌ بمُدْيٍ ، والشعير بالشعير مُدْي بمدي ، والتمر بالتمر مُدْي بمُدْي ، والملح بالملح مُدْي بمُدْي ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، ولا بأس ببيع الذهب بالفضة ، والفضة أكثرهما يداً بيد ، وأما نسيئة فلا ، ولا بأس ببيع البرّ بالشعير ، والشعير أكثرهما يداً بيد وأما نسيئة فلا » .
وللترمذي (٣ /٥٤١ رقم ١٢٤٠) بعد اللفظ السابق قبل حديث عقب قوله : « فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » .
ولابن ماجه (٢ /٢ /٧٥٧ رقم ٢٢٥٤) : وأمرنا - يعني النبي ﷺ - أن نبيع البُرَّ بالشعير والشعير بالبُرِّ يداً بيد كيف شئنا » .
وللنسائي (٧ /٢٧٥) نحوه إلا أنه قال : « وأمرنا أن نبيع الذهب بالفضة ، والفضة بالذهب ، والبر بالشعير ، والشعير بالبر يداً بيد كيف شئنا » .
والحديث صحيح ، والله أعلم .

فقط ، اتفقت الأصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه ، أعني : امتناع النساء فيها مع اختلاف الأصناف ، إلا ما حكي عن ابن عُلَيَّة أنه قال : إذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ما عدا الذهب والفضة . فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق بأعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص .

وأما الجمهور من فقهاء الأمصار ، فإنهم اتفقوا على أنه من باب الخاص أريد به العام . واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الأصناف أعني : في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها . فالذي استقر عليه حذاق المالكية أن سبب منع التفاضل . أما في الأربعة ، فالصنف الواحد من المدخر المقتات ، وقد قيل الصنف الواحد المدخر وإن لم يكن مقتاتًا ، ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الأكثر ، وقال بعض أصحابه : الربا في الصنف المدخر وإن كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضًا مع كونهما رءوسا للأثمان وقِيَمًا للمتلفات ، وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة ، لأنها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الأربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ، ولذلك إذا اختلفت أصنافها ؛ جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ، ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة ، أعني : في الصنف الواحد منها ، ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل ، فلكونها ليست مدخرة ، وقد قيل : إن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة . وقد قلنا إن الطعم بإطلاق علة لمنع النساء في المطعومات .

وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الأربعة : هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك ، وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في الستة واحدة وهو الكيل أو

الوزن مع اتفاق الصنف ، وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب ، فإن الإجماع انعقد على أنه يجوز فيها النساء ، ووافق الشافعي مالكًا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة ، أعني أن كونهما رءوسًا للأثمان وقِيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة إذا اختلف الصنف ، فإذا اتفقا منع التفاضل ، والحنفية تعتبر في المكيل قدرًا يتأتى فيه الكيل ، وسيأتي أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها في كتاب الصرف ، وأما هاهنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء في علل الربا المطلق في هذه الأشياء ، وذكر عمدة دليل كل فريق منهم ، فنقول : إن الذين قصروا صنف الربا على هذه الأصناف الستة فهم أحد صنفين : إما قوم نفوا القياس في الشرع : أعني استنباط العلل من الألفاظ وهم الظاهرية ، وإما قوم نفوا قياس الشبه ، وذلك أن جميع من ألحق المسكوت هاهنا بالمنطوق به ، فإنما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة ، إلا ما حُكَي عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية ، وقال : علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال ، يريد : منع العين . وأما القاضي أبو بكر الباقلاني فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفًا ، وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى ، إذا لم يتأتَّ له قياس علة ، فألحق الزبيب فقط بهذه الأصناف الأربعة ؛ لأنه زعم أنه في معنى التمر ، ولكل واحد من هؤلاء ، أعني : من القائسين دليل في استنباط الشبه الذى اعتبره في إلحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الأربعة . أما الشافعية فإنهم قالوا في تثبيت علتهم الشبهية : إن الحكم إذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى : ﴿ **وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** ﴾[1] فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم أن الحكم متعلق بنفس السرقة . قالوا : وإذا كان هذا هكذا ، وكان قد جاء من حديث مَعْمر بن عبد الله أنه قال : كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول :

---

(١) المائدة : (٣٨) .

« الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثْلًا بمِثْلٍ »[1] فمن البين أن الطعم هو الذي علق به الحكم . وأما المالكية فإنها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على ما في الموطأ ، وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على ما اختاره البغداديون ، وتمسكت في استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الأربعة الأصناف المذكورة ، فلما ذكر منها عددًا علم أنه قصد بكل واحد منها التنبيه على ما في معناه ، وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار . أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ، ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة كالسكر والعسل والزبيب ، ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام ، وأيضا فإنهم قالوا : لما كان معقول المعنى في الربا إنما هو أن لا يغبن بعض الناس بعضًا وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الأقوات . وأما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون أنه ﷺ لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر ، وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله ﷺ لعامله بخيبر من حديث أبي سعيد وغيره « إلَّا كَيْلا بِكَيْلٍ يدًا بِيَد »[2] رأوا أن التقدير ، أعني : الكيل

---

(١) أخرجه أحمد (٦ /٤٠٠) ، ومسلم (٣ /١٢١٤ رقم ٩٣ /١٥٩٢) ، والبيهقي (٥ /٢٨٣) . بزيادة قال : « وكان طعامُنا يومئذٍ الشعير » .

(٢) قلت : لم أجده بهذا اللفظ ، وهو غريب جداً .

وقد أخرج البخاري (١٣ /٣١٧ رقم ٧٣٥٠) ، ومسلم (٣ /١٢١٥ رقم ٩٤ / ١٥٩٣) ، والبيهقي (٥ /٢٨٥) .

كلهم من طريق سليمان بن بلال ، عن عبد المجيد بن سهيل أنه سمع سعيد بن المسيب أن أبا سعيد الخدري وأبا هريرة حدثاه :

« أن رسول الله ﷺ بعث أخا بني عَدِيّ الأنصاري فاستعمله على خيبر ، فقدم بتمر جَنيب فقال له رسول الله ﷺ : أَكُلُّ تَمرِ خيبر هكذا ؟ قال: لا، والله يا رسول الله ، إنا لنشتري الصَّاعَ بالصاعين من الجمع ، فقال رسول الله ﷺ :« لا تفعلوا ، ولكن مِثْلاً بمثل ، أو بيعوا هَذا واشتروا بثمنه من هذا ، وكذلك الميزان » . =

أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف ، وربما احتجوا بأحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قويّ على اعتبار الكيل أو الوزن . **منها** : أنهم رووا في بعض الأحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة (وهي كذلك ما يكال ويوزن)[1] ....

= **وأخرجه مالك** (٢ /٦٢٣ رقم ٢١) ، والبخاري (٤ /٣٩٩ رقم ٢٢٠١) ، ومسلم (٣ /١٢١٥ رقم ٩٥ /١٥٩٣) .

من طريقه عن عبد المجيد بن سهيل ، وفيه : فقال رسول الله ﷺ : « فلا تفعل ، بعِ الجمع بالدراهم ، ثم ابتع بالدراهم جَنيباً » .

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (٢ /٨٣١) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (٧ /٤١٧) المسألة (١٤٨٠) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥ /٢٨٦) .

كلهم من حديث حيّان بن عبيد الله قال : سألت أبا مجلز عن الصرف ؟ فقال : يداً بيد ، كان ابن عباس لا يرى به بأساً ما كان منه يداً بيد . فأتاه أبو سعيد فقال له : ألا تتقي الله ، حتى متى يأكل الناس الربا ؟ أو ما بلغك أن رسول الله ﷺ قال : « التمر بالتمر ، والحنطة بالحنطة ، والشعير بالشعير ، والذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، يداً بيد ، عيناً بعين ، مثلاً بمثل ، فما زاد فهو ربا ؟ ثم قال : وكذلك ما يكال ويوزن أيضاً . فقال ابن عباس لأبي سعيد : جزاك الله الجنة ، ذكرتني أمراً قد كنت أنسيته فأنا أستغفر الله وأتوب إليه ، فكان ينهى عنه بعد ذلك » .

قال ابن عدي : تفرد به حيان . قال البيهقي : وقد تكلموا فيه .

وأطال ابن حزم (٧ /٤٢٢ -٤٢٣) في تعليل هذا الحديث من جهة الإسناد والمعنى . فانظره فهو كلام جيد للغاية : والخلاصة : أن الحديث ضعيف .

● وأخرج الدارقطني (٣ /١٤ رقم ٣٩) من طريق المبارك بن مجاهد ، عن مالك ، عن أبي الزناد ، عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : « لا ربا إلَّا في ذهب **أو فضة ، أو ما يكال أو يوزن مما يؤكل ويشرب »، قال الدارقطني : هذا مرسل ووهم** المبارك على مالك في رفعه إلى النبي ﷺ ، وإنما هو من قول سعيد بن المسيب .

وقال ابن القطان - كما في نصب الراية (٤ /٣٧) - المبارك بن مجاهد ضعيف ، ومع ضعفه فقد انفرد عن مالك **برفعه ، والناس رووه عنه موقوفًا** .

قلت : وكذلك هو في الموطأ (٢ /٦٣٥ رقم ٣٧) عن سعيد بن المسيب من قوله : =

وفي بعضها : (وكذلك المكيال والميزان)[1] ، هذا نص لو صحت الأحاديث ، ولكن إذا تؤمل الأمر من طريق المعنى ظهر - والله أعلم - أن علتهم أولى العلل ، وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعلامات إنما هو مقاربة التساوي ، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها ، أعني : تقديرها ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذواتّ ، أعني : غير الموزونة والمكيلة العدل فيها إنما هو في وجود النسبة ، أعني : أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر إلى جنسه ، مثال ذلك أن العدل إذا باع إنسان فرسًا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس إلى الأفراس هي نسبة قيمة ذلك الثوب إلى الثياب ، فإن كان ذلك الفرس قيمته خمسون ؛ فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون ، فليكن مثلًا الذي يساوي هذا القدر عددها هو عشرة أثواب ، فإذا اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجبة في المعاملة العدالة ، أعني : أن يكون عديل فرس عشرة أثواب في المثل . وأما الأشياء المكيلة والموزونة ، فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف ، وكانت منافعها متقاربة ، ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف كان العدل في هذا ، إنما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع ، وأيضًا فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل، لكون منافعها

= فرفعه باطل جزماً .

وانظر ترجمة المبارك هذا في الضعفاء للعقيلي (٤ /٢٢٥ رقم ١٨١٧) ، وفي الكامل (٦ /٢٣٢٤) .

(١) قلت : لم أره يذكر المكيال ، وقد سبق عزوه إلى الصحيح بزيادة : « وكذلك الميزان » في حديث أبي سعيد ، وأبي هريرة - وقد تقدم قريباً - دون ذكر المكيال . وقد بين الحفاظ أن هذه الكلمة ليست مرفوعة من كلام النبي ﷺ .

غير مختلفة ، والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة ، فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء ، أعني : المكيلة الموزونة علتان : **إحداهما** : وجود العدل فيها ، **والثاني** : منع المعاملة إذا كانت المعاملة بها من باب السرف . وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر إذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح ، وإنما المقصود بها تقدير الأشياء التي لها منافع ضرروية . روى مالك عن سعيد بن المسيب أنه كان يعتبر في علة الربا في هذه الأصناف الكيل والطعم ، وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريًا في أقوات النـاس ، فإنه يشبه أن يكـون حفظ العين وحفظ السرف فيما هو قوت أهم منه فيما ليس هو قوتًا . وقد روي عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الأجناس التي تجب فيها الزكاة ، وعن بعضهم الانتفاع مطلقًا ، أعني : المالية ، وهو مذهب ابن الماجشون .

○ الفصل الثاني ○

[في معرفة الأشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء]

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هي الطعم عند مالك والشافعي . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم ، فإن علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل ، وليس عند الشافعي نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلًا كان أو غير متفاضل ، وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك أنه يمنع النسيئة في هذه ؛ لأنه عنده من باب السلف الذي يجرّ منفعة .

○ الفصل الثالث ○

[في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعًا]

وأما ما يجوز فيه الأمران جميعًا : أعني التفاضل والنساء ، فما لم يكن ربويًا عند الشافعي . وأما عند مالك فما لم يكن ربويًا ولا كان صنفًاواحدًا متماثلًا ، أو صنفًا واحدًا بإطلاق على مذهب أبي حنيفة ، ومالك يعتبر في الصنف المؤثر في التفاضل في الربويات ، وفي النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها ، فإذا اختلفت جعلها صنفين ، وإن كان الاسم واحدًا ، وأبو حنيفة يعتبر الاسم ، وكذلك الشافعي ، وإن كان الشافعي ليس الصنف عنده مؤثرًا إلا في الربويات فقط ، أعني : أنه يمنع التفاضل فيه ، وليس هو عنده علة للنساء أصلًا ، فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث .

فأما الأشياء التي لا تجوز فيها النسيئة فإنها قسمان : منها ما لا يجوز فيها التفاضل وقد تقدم ذكرها ، ومنها ما يجوز فيها التفاضل .

فأما الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، فعلّة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك ، وعند الشافعي الطعم فقط ، وعند أبي حنيفة مطعومات الكيل والوزن ، فإذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف ؛ حرم التفاضل عند الشافعي ، وإذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك ، وإذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة .

وأما الأشياء التي ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فإنها صنفان : إما مطعومة ، وأما غير مطعومة .

فأما المطعومة فالنساء عنده لا يجوز فيها ، وعلة المنع الطعم ، وأما غير المطعومة فإنه لا يجوز فيها النساء عنده فيما اتفقت منافعه مع التفاضل ، فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين إلى أجل إلا أن تكون إحداهما حلوبة والأخرى أكولة ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل : إنه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة إلى أجل . فأما إذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان ، وإن كان الصنف واحدًا ، وقيل : يعتبر اتفاق الأسماء مع اتفاق المنافع ، والأشهر أن لا يعتبر ، وقد قيل يعتبر .

وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التي لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع أو اختلفت ، فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وإن اختلفت منافعها .

وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء ، فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقدًا ، وكذلك شاة بشاة ، ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص[1] « أن رسول الله ﷺ أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين إلى الصدقة » قالوا : فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء .

(١) قلت : كذا وقع في الأصل : « عمرو بن العاص » وهو وهم من المصنف . والصواب : « عبد الله بن عمرو بن العاص » .
أخرج الحديث أحمد (٢ /١٧١، ٢١٦) ، وأبو داود (٣ /٦٥٢ رقم ٣٣٥٧) ، والدارقطني (٣ /٧٠ رقم ٢٦٣) ، والحاكم (٢ /٥٦ -٥٧) ، والبيهقي (٥ /٢٨٧) .
وقال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ، وأقره الذهبي . وليس كما قالا . وطعن في الحديث ابن القطان - كما في نصب الراية (٤ /٤٧) - للاضطراب الواقع فيه من ابن إسحاق ، وبجهالة بعض رواته .
قلت : لكن أخرجه البيهقي (٥ /٢٨٧ -٢٨٨) ، والدارقطني (٣ /٦٩ رقم ٢٦١) من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وصححه من هذا الوجه البيهقي . فالحديث حسن ، وقد حسنه الألباني في الإرواء (رقم ١٣٥٨) .

وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة[1] « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان » قالوا : وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة .

وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الأغراض سد الذريعة ، وذلك أنه لا فائدة في ذلك إلا أن يكون من باب سلف يجر نفعًا وهو يحرم ، وقد قيل عنه: إنه أصل بنفسه ، وقد قيل عن الكوفيين : إنه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، اختلف الجنس أو اتفق على ظاهر حديث سمرة ، فكأن الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص ، والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له ؛ لأن ظاهره يقتضي ألّا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف ، وكأن مالكًا ذهب مذهب الجمع ، فحمل حديث سمرة على اتفاق الأغراض ، وحديث عمرو بن العاص على اختلافها ، وسماع الحسن من سمرة

(١) قلت : سقط في الأصل لفظ : « نسيئة » .
أخرجه أحمد (٥ /١٢، ١٩، ٢١، ٢٢) ، والدارمي (٢ /٢٥٤) ، وأبو داود (٣ /٦٥٢ رقم ٣٣٥٦) ، والترمذي (٣ /٥٣٨ رقم ١٢٣٧) ، والنسائي (٧ /٢٩٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٣ رقم ٢٢٧٠) ، وابن الجارود (رقم ٦١١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٦٠) ، والبيهقي (٥/ ٢٨٨) ، والطبراني في المعجم الكبير (٧ /٢٠٤ - ٢٠٥ رقم ٦٨٤٧ - ٦٨٥١) ، والخطيب في التاريخ (٢ /٣٥٤) من طرق عن قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وسماع الحسن من سمرة صحيح ، هكذا قال علي ابن المديني وغيره .
قلت : وذهب إلى صحة سماع الحسن من سمرة : البخاري ، وأبو داود والحاكم ، وابن الجوزي ، وغيرهم .
والعلة أن الحسن مدلس وقد عنعنه ، والله أعلم .
ومع ذلك فقد صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه (رقم : ١٨٤١) .

مختلف فيه ، ولكن صححه الترمذي[1] ، ويشهد لمالك ما رواه الترمذي[2] عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « الحَيَوَانُ اثْنَانِ بِوَاحِدٍ ، لا يَصْلُحُ النَّساءُ ولا بأْسَ بِهِ يَدًا بِيَدٍ » . وقال ابن المنذر : ثبت أن رسول الله ﷺ اشترى عبدا بعبدين أسودين »[3] ، « واشترى جارية بسبعة أرؤس »[4]. وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه أن يكون أصلًا بنفسه لا من قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء ، هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق

---

(١) في السنن (٣ /٥٣٨ -٥٣٩) .

(٢) في السنن (٣ /٥٣٩ رقم ١٢٣٨) وقال : حديث حسن صحيح .
قلت : وأخرجه أحمد (٣ /٣١٠ ، ٣٨٠ ، ٣٨٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٣ رقم ٢٢٧١) .
كلهم من طريق الحجاج بن أرطأة ، عن أبي الزبير ، عن جابر به .
وأخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /٦٠) من طريق عبد الرحيم بن سليمان ، عن أشعث عن أبي الزبير ، ولفظه ، عن جابر « أن رسول الله ﷺ لم يكن يرى بأساً ببيع الحيوان بالحيوان ، اثنين بواحد ، ويكرهه نسيئة » . وهو حديث صحيح . وفي الباب من حديث جابر بن سمرة ، وابن عمر ، وابن عباس .
انظر تخريجها في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء البيوع .

(٣) أخرج مسلم (٣ /١٢٢٥ رقم ١٢٣ /١٦٠٢) ، وأبو داود (٣ /٦٥٤ رقم ٣٣٥٨) ، والترمذي (٣ /٥٤٠ رقم ١٢٣٩) . وقال حديث حسن صحيح . والنسائي (٢/٢٩٢ -٢٩٣) ، وابن الجارود (رقم ٦١٣) ، والبيهقي (٥ /٢٨٦- ٢٨٧) من حديث جابر بن عبد الله قال : « جاء عبد فبايع النبي ﷺ على الهجرة ، ولم يشعُرْ أنه عبد ، فجاء سيدُه يريده ، فقال له النبي ﷺ بِعْنِيه ، فاشتراه بعبدين أسودين ، ثم لم يبايع أحداً بعد حتى يسأله أعبد هو » .
ولفظ ابن الجارود عن جابر : « أن النبي ﷺ اشترى عبداً بعبدين أسودين » .

(٤) أخرج مسلم (٢/١٠٤٥ رقم ١٣٦٥/٨٧) ، وابن ماجه (٢/٧٦٣ رقم ٢٢٧٢) ، وابن الجارود (رقم ٦١٢) ، والبيهقي (٥ /٢٨٧) ، وأحمد (٣ /١٢٣ ، ٢٤٦) ، والطياليسي (صـ٢٧٣ رقم ٢٠٥٥) من حديث أنس « أن رسول الله ﷺ اشترى صفية بسبعة أرؤس من دحية الكلبي » .

سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله ﷺ : « لا تَبِيعُوا مِنْها غائِبًا بِناجِزٍ »[1] فمن شرط فيها التقابض في المجلس ، شبهها بالصرف ، ومن لم يشترط ذلك . قال : إن القبض قبل التفرق ليس شرطًا في البيوع إلا ما قام الدليل عليه ، ولما قام الدليل على الصرف فقط ، بقيت سائر الربويات على الأصل .

(١) أخرجه البخاري (٤ /٣٧٩ رقم ٢١٧٧) ، ومسلم (٣ /١٢٠٨ رقم ٧٥ / ١٥٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري .

○ الفصل الرابع ○

[في معرفة ما يعد صنفًا واحدًا ، وما لا يعد صنفًا واحدًا]

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفًا واحدًا وهو المؤثر في التفاضل مما لا يعد صنفًا واحدًا في مسائل كثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ، وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر في التفاضل ، هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ، ولا باليبس والرطوبة ؟ فأما اختلافهم فيما يعد صنفًا واحدًا مما لا يعد صنفًا واحدًا ، فمن ذلك القمح والشعير ، صار قوتًا إلى أنهما صنف واحد ، وصار آخرون إلى أنهما صنفان ، فبالأول قال مالك والأوزاعي ، وحكاه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب ، وبالثاني قال الشافعي وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله ﷺ: « لا تَبيعُوا البُرَّ بالبُرِّ والشَّعِيرَ بالشَّعِيرِ إلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ »[1]. فجعلهما صنفين ، وأيضًا فإن في بعض طرق حديث عبادة ابن الصامت[2] « وَبِيعُوا الذَّهبَ بالفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، والبُرَّ بالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ ، والمَلْحَ بالتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدا بِيَدٍ » ذكره عبد الرزاق ووكيع ، عن الثوري ، وصحح هذه الزيادة الترمذي . وأما القياس فلأنهما شيئان اختلفت أسماؤهما ومنافعهما ، فوجب أن يكونا صنفين ، أصله الفضة والذهب وسائر الأشياء المختلفة في الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فإنه عمل سلفه بالمدينة . وأما أصحابه فاعتمدوا في ذلك أيضا السماع والقياس . أما السماع فما روي

---

(١) تقدم معناه في حديث عبادة بن الصامت وغيره .

(٢) تقدم عزو هذه الزيادة عقب حديث عبادة .

أن النبي ﷺ قال : « الطَّعامُ بالطَّعامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ »[1] فقالوا : اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف ، فإن هذا عام يفسره الأحاديث الصحيحة .
وأما من طريق القياس فإنهم عددوا كثيرًا من اتفاقهما في المنافع ، والمتفقة المنافع لا يجوز التفاضل فيها باتفاق ، والسلت عند مالك والشعير صنف واحد ، وأما القطنية فإنها عنده صنف واحد في الزكاة ، وعنه في البيوع روايتان : **إحداهما** : أنها صنف واحد ، **والأخرى** : أنها أصناف .

وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها ، فمن غلب الاتفاق ؛ قال : صنف واحد ، ومن غلب الاختلاف؛ قال : صنفان أو أصناف ، والأرز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

• **مسألة** .

واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذي لا يجوز فيه التفاضل ، فقال مالك : اللحوم ثلاثة أصناف : فلحم ذوات الأربع صنف ، ولحم ذوات الماء صنف ، ولحم الطير كله صنف واحد أيضًا ، وهذه الثلاثة الأصناف مختلفة يجوز فيها التفاضل . وقال أبو حنيفة : كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة ، والتفاضل فيه جائز إلا في النوع الواحد بعينه . وللشافعي قولان : **أحدهما** : مثل قول أبي حنيفة ، **والآخر** : أن جميعها صنف واحد . وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلًا ، ومالك لا يجيزه ، والشافعي لا يجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلًا ، ومالك يجيزه . وعمدة الشافعي قوله ﷺ : « الطعام بالطعام مثلًا بمثل »[1] ولأنها إذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ، ويتناولها اسم اللحم تناولًا واحدًا . وعمدة المالكية أن هذه أجناس مختلفة ، فوجب أن يكون لحمها مختلفًا . والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه ، وتقول : إن الاختلاف الذي بين الأنواع التي في الحيوان ، أعني : في الجنس

---

(١) تقدم من حديث معمر بن عبد الله .

الواحد منه ، كأنك قلت : الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير . وبالجملة فكل طائفة تدعي أن وزان الاختلاف الذي بين الأشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم ، والحنفية أقوى من جهة المعنى ؛ لأن تحريم التفاضل إنما هو عند اتفاق المنفعة .

• مسالة .

واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال : قول إنه لا يجوز بإطلاق ، وهو قول الشافعي والليث ، وقول : إنه يجوز في الأجناس المختلفة التى يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز ذلك في المتفقة ، أعني : الربوية لمكان الجهل الذي فيها من طريق التفاضل ، وذلك في التي المقصود منها الأكل ، وهو قول مالك ، فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للأكل ، وذلك عنده في الحيوان المأكول ، حتى أنه لا يجيز الحي بالحي إذا كان المقصود الأكل من أحدهما ، فهي عنده من هذا الباب ، أعني : أن امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة ، وقول ثالث : إنه يجوز مطلقًا ، وبه قال أبو حنيفة .

وسبب الخلاف معارضة الأصول في هذا الباب لمرسل سعيد بن المسيب ، وذلك أن مالكًا روى عن زيد بن أسلم ، عن سعيد بن المسيب[1] « أن

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٦٥٥ رقم ٦٤) وأخرجه من طريق مالك : محمد بن الحسن في موطئه (رقم ٧٨٣) ، والدارقطني (٣ /٧١ رقم ٢٦٦) ، والحاكم (٢ /٣٥) ، والبيهقي (٥ /٢٩٦) ، وأبو داود في المراسيل (رقم ١٧٨) .
قال ابن عبد البر – كما في تنوير الحوالك (٢ /١٥٠) – : « لا أعلمه يتصل من وجه ثابت ، وأحسن أسانيده مرسل سعيد هذا إلا ما حدثنا خلف بن قاسم ، حدثنا محمد ابن عبد الله بن أحمد ، حدثنا أبي ، حدثنا أحمد بن حماد بن سفيان الكوفي ، حدثنا يزيد بن عمرو العبدي ، حدثنا يزيد بن مروان ، حدثنا مالك عن ابن شهاب ، عن سهل بن سعد الساعدي قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان »، وهذا حديث إسناده موضوع لا يصح عن مالك ولا أصل له في حديثه .اهـ . =

= قلت : ويزيد بن مروان كذاب وضاع [المجروحين (٣ /١٠٥)] وقد أخرجه الدارقطني (٣ /٧٠ رقم ٢٦٥) من طريقه أيضاً . وقال : « تفرد به يزيد بن مروان عن مالك بهذا الإسناد ، ولم يتابع عليه ، وصوابه في الموطأ عن ابن المسيب مرسلاً » . اهـ .
وأخرجه من طريقه أيضاً أبو نعيم في الحلية (٦ /٣٣٤) وقال : « تفرد به يزيد ابن عمرو عن يزيد بن مروان » . اهـ .
قلت : إن قول ابن عبد البر المتقدم متعقب بوروده متصلاً من حديث سمرة وابن عمر .
● أما حديث سمرة : فأخرجه الحاكم في المستدرك (٢ /٣٥) من رواية الحسن عنه : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الشاة باللحم » ثم قال : « صحيح الإسناد ، رواته عن آخرهم أئمة حفاظ ثقات ، ولم يخرجاه ، وقد احتج البخاري بالحسن عن سمرة » .اهـ .
وأخرجه البيهقي (٥ /٢٩٦) من طريق ابن خزيمة أنه سئل عن بيع مسلوخ بشاة ، فقال : ثنا أحمد بن حفص السلمي ، حدثني أبي ، حدثني إبراهيم بن طهمان ، عن الحجاج بن الحجاج ، عن قتادة عن الحسن عن سمرة : « أن النبي ﷺ نهى أن تباع الشاة باللحم » . قال البيهقي : « هذا إسناد صحيح ، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عده موصولاً ، ومن لم يثبته فهو مرسل جيد يضم إلى مرسل سعيد بن المسيب والقاسم بن أبي برزة » .اهـ .
● وحديث ابن عمر ، أخرجه البزار (٢ /٨٦ رقم ١٢٦٦) من حديث ثابت بن زهير ، عن نافع عن ابن عمر : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع اللحم بالحيوان » وثابت ابن زهير ضعيف ، قاله الهيثمي في المجمع (٤ /١٠٥) .
● وفي الباب مرسلان آخران :
(**أحدهما**) : أخرجه الطبراني في الكبير (٤ /١٠٤ -١٠٥ - مجمع الزوائد) عن عبيد بن نضلة الخزاعي أن رجلاً نحر جزوراً فاشترى منه رجل عشيراً بحِقة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فرده ، قال أبو نعيم : قال فيه بعض أصحابنا عن سفيان قال فيه إلى أجل . وقال الهيثمي : ورجاله رجال الصحيح وهو مرسل .
(**ثانيهما**) : أخرجه البيهقي (٥ /٢٩٦ -٢٩٧) من طريق الشافعي ، أنا مسلم ، =

رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان باللحم » فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لأصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ، ومن رأى أن الأصول معارضة له وجب عله أحد أمرين : إما أن يغلب الحديث فيجعله أصلًا زائدًا بنفسه ، أو يرده لمكان معارضة الأصول له . فالشافعي غلب الحديث ، وأبو حنيفة غلب الأصول ، ومالك رده إلى أصوله في البيوع ، فجعل البيع فيه من باب الربا ، أعني : بيع الشيء الربوي بأصله ، مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الأصل ، فإنه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة[1] ، وهي داخلة في الربا بجهة ، وفي الغرر[2] بجهة ، وذلك أنها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر ، وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الأصل .

• **مسألة .**

ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثْلا بمثل ، فالأشهر عن

= عن ابن جريج ، عن القاسم بن أبي بزة ، قال : قدمت المدينة فوجدت جزوراً قد جزرت فجزئت أربعة أجزاء ، كل جزء منها بعناق ، فأردت أن أبتاع منها جزءاً ، فقال لي رجل من أهل المدينة : « إن رسول الله ﷺ نهى أن يباع حي بميت » سألت عن ذلك الرجل فأخبرت عنه خيراً .

(١) الزَّبْنُ في اللغة : هو الدفع ، وزَبَنَتِ الناقة حالبها دفعته برجلها ، وقيل للمشتري : زَبُون ؛ لأنه يدفع غيره عن أخذ المبيع ، وسميت بعض الملائكة زبانية لدفعهم أهل النار إليها .

والمزابنة من البياعات التي حرّمها الإسلام لما فيها من غبن وجهالة . وقد منعها الجمهور ، وأجازها أبو حنيفة . [النهاية (٢ /٢٩٤) ، ومسلم بشرح النووي (١٠ /١٨٨) وبذل المجهود (١٥ /٢٣)] .

(٢) بيع الغرر : هو ما كان له ظاهر يَغُرّ المشتري وباطن مجهول .

وقال الأزهري : بيع الغرر : ما كان على غير عُهْدَة ولا ثِقة ، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان . من كل مجهول . [النهاية : (٣ /٣٥٥)] .

مالك جوازه ، وهو قول مالك في موطئه ، وروي عنه أنه لا يجوز وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك ، وقال بعض أصحاب مالك : ليس هو اختلافًا من قوله ، وإنما رواية المنع إذا كان اعتبار المثلية بالكيل ؛ لأن الطعام إذا صار دقيقًا اختلف كيله ، ورواية الجواز إذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده في ذلك من قبل أن أحدهما مكيل والآخر موزون . ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة أن يكال أو يوزن ، والعدد فيما لا يكال ولا يوزن . واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز ، فقال أبو حنيفة : لا بأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا ؛ لأنه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذي فيه الربا ، وقال الشافعي : لا يجوز متماثلًا فضلًا عن متفاضل ؛ لأنه قد غيرته الصنعة تغيرًا جهلت به مقاديره التي تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالأشهر في الخبز عنده أنه يجوز متماثلًا ، وقد قيل فيه : إنه يجوز فيه التفاضل والتساوي . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة .

وسبب الخلاف هل الصنعة تنقلة من جنس الربويات أو ليس تنقله ، وإن لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لاتمكن ؟ فقال أبو حنيفة : تنقلة ، وقال مالك والشافعي : لا تنقله ، واختلفوا في إمكان المماثلة فيهما ، فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما إذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة ، والآخر قد دخلته الصنعة ، فإن مالكًا يرى في كثير منها أن الصنعة تنقله من الجنس ، أعني : من أن يكون جنسًا واحدًا فيجيز فيها التفاضل ، وفي بعضها ليس يرى ذلك ، وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال ، فاللحم المشوي والمطبوخ عنده من جنس واحد ، والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان ، وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك ، والظاهر من مذهبه أنه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها ، وقد رام حصرها الباجي في [المنتقى] ، وكذلك أيضًا يعسر حصر المنافع التي توجب

عنده الاتفاق في شيء شيء من الأجناس التي يقع بها التعامل ، وتمييزها من التي لا توجب ذلك ، أعني : في الحيوان والعروض والنبات . وسبب العسر أن الإنسان إذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ، ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها إلا ما يعطيه بادىء النظر في الحال ؛ جاوب فيها بجوابات مختلفة ، فإذا جاء من بعده أحد فرام أن يجري تلك الأجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه ، وأنت تتبين ذلك من كتبهم ، فهذه هي أمهات هذا الباب .

• **فصل** .

وأما اختلافهم في بيع الربوي الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل في القدر والتناجز ، فإن السبب في ذلك ما روى مالك عن سعد بن أبي وقاص[1] أنه قال : « سمعت رسول الله ﷺ يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله ﷺ : أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا جَفَّ ؟ فقالوا : نعم ، فنهى عن ذلك »

---

(١) أخرجه مالك (٢ /٦٢٤ رقم ٢٢) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٥٩ رقم ٥٥١) ، وأبو داود الطيالسي (صـ٢٩ رقم ٢١٤) ، وأحمد (١ /١٧٥) ، وأبو داود (٣ /٦٥٤ رقم ٣٣٥٩) ، والترمذي (٣ /٥٢٨ رقم ١٢٢٥) ، والنسائي (٧ /٢٦٩) ، وابن ماجه (٢ /٧٦١ رقم ٢٢٦٤) والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٦) ، والدارقطني (٣ /٤٩ رقم ٢٠٤ و ٢٠٥) ، والحاكم (٢ /٣٨) ، والبيهقي (٥ /٢٩٤) ، وابن الجارود (رقم ٦٥٧) .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح .
وقال الحاكم : « هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك ، وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث ، إذ لم يوجد في رواياته إلا الصحيح خصوصاً في حديث أهل المدينة ، ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عن عبد الله بن يزيد ، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد بن أبي عياش » اهـ .
قلت : أما زيد ، فهو ابن عياش أبو زيد الزرقي ، فقد قيل فيه : مجهول ، لكن وثقه ابن حبان والدارقطني ، وقال الحافظ في التقريب : (صدوق) فالحديث صحيح إن شاء الله .

فأخذ به أكثر العلماء وقال : لا يجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك ، وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن ، وأبو يوسف . وقال الطحاوي بقول أبي حنيفة .

وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديثِ عبادة وغيره له ، واختلافهم في تصحيحه ، وذلك أن حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة ، وهذا يقتضي بظاهره حال العقد لا حال المآل ، فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ، ومن جعل هذا الحديث أصلًا بنفسه ؛ قال : هو أمر زائد ومفسر لأحاديث الربويات . والحديث أيضا اختلف الناس في تصحيحه ولم يخرجه الشيخان . قال الطحاوي[1] : خولف فيه عبد الله ، فرواه يحيى بن أبي كثير[2] عنه : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة » وقال : إن الذي يروي عنه هذا الحديث عن سعد بن أبي وقاص هو مجهول ، لكن جمهور الفقهاء صاروا إلى العمل به . وقال مالك في موطئه قياسًا به على تعليل الحكم في هذا الحديث ، وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام ، يعني : منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمي المزابنة عند مالك المنهي عنها عنده ، والعرية عنده مستثناة من هذا الأصل ، وكذلك عند الشافعي ، والمزابنة المنهي عنها عند أبي حنيفة هو بيع التمر على الأرض بالتمر في رءوس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذي بينهما ، أعني : بوجود التساوي ، وطرد الشافعي

---

(١) في شرح معاني الآثار (٤ /٦) .

(٢) قلت : رواية يحيى بن أبي كثير أخرجها أبو داود (٣ /٦٥٧ رقم ٣٣٦٠) ، والدارقطني (٣ /٤٩ رقم ٢٠٣) ، والحاكم (٢ /٣٨ -٣٩) ، والبيهقي (٥ /٢٩٤) .
قلت : فالحديث صحيح ، غير أن الزيادة التي رواها يحيى بن أبي كثير ، « نسيئة » لا تصح لتفرده بها .
انظر الإرواء للألباني (٥ /٢٠٠) .

هذه العلة في الشيئين الرطبين ؛ فلم يجز بيع الرطب بالرطب ، ولا العجين بالعجين مع التماثل ؛ لأنه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف ، وخالفه في ذلك جلّ من قال بهذا الحديث .

وأما اختلافهم في بيع الجيد الرديء في الأصناف الربوية ، فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين : **أحدهما** : أجود من ذلك الصنف ، **والآخر** : أردأ ، مثل أن يبيع مُدَّين من تمر وسط ، بمدين من تمر أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه ، فإن مالكًا يرد هذا ؛ لأنه يهمه أن يكون إنما قصد أن يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب ، فجعل معه الرديء ذريعة إلى تحليل ما لا يجب من ذلك ، ووافقه الشافعي في هذا ، ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة ؛ لأنه لا يُعمل التهم ، ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة ، وذلك أنه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الرديء عن الوسط ، وإلا فليس هناك مساواة في الصفة . ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم إذا كان الصنف الذي يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد ، أو يكون مع كل واحد منهما عرض والصنفان مختلفان في القدر ، **فالأول** : مثل أن يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، **والثاني** : مثل أن يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز ، وقال أبو حنيفة والكوفيون : إن ذلك جائز .

فسبب الخلاف هل ما يقابل العرض من الجنس الربوي ينبغي أن يكون مساويًا له في القيمة ، أو يكفي في ذلك رضا البائع ، فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال : لا يجوز لمكان الجهل بذلك ؛ لأنه إذا لم يكن العرض مساويًا لفضل أحد الربويين على الثاني كان التفاضل ضرورة ، مثال ذلك : أنه إن باع

كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب أن تكون قيمة الثوب تساوي الكيل ، وإلا وقع التفاضل ضرورة ، وأما أبو حنيفة فيكتفي في ذلك بأن يرضى به المتبايعان ، ومالك يعتبر أيضًا في هذا سد الذريعة ؛ لأنه إنما جعل جاعل ذلك ذريعة إلى بيع الصنف الواحد متفاضلًا فهذه مشهورات مسائلهم في هذا الجنس .

○ باب في بيوع الذرائع الربوية ○

وهٰهنا شيء يعرض للمتبايعين ، إذا قال أحدهما للآخر بزيادة أو نقصان ، وللمتبايعين إذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أو نقصان ، وهو أن يتصور بينهما من غير قصد إلى ذلك تبايع ربوي ، مثل أن يبيع إنسان من إنسان سلعة بعشرة دنانير نقدًا ثم يشتريها منه بعشرين إلى أجل ، فإذا أضيفت البيعة الثانية إلى الأولى ، استقر الأمر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين إلى أجل ، وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال . فنذكر من ذلك مسألة في الإقالة(1) ، ومسألة من بيوع الآجال إذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع ، وإنما المقصود فيه تحصيل الأصول .

• مسألة .

لم يختلفوا أن من باع شيئًا ما ، كأنك قِلت عبدًا بمائة دينار مثلًا إلى أجل ، ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف إليه مبيعه ويدفع إليه عشرة دنانير مثلًا نقدًا أو إلى أجل ، أن ذلك يجوز، وأنه لا بأس بذلك ، وأن الإقالة عندهم إذا دخلتها الزيادة والنقصان هي ببيع مستأنف ، ولا حرج في أن يبيع الإنسان الشيء

---

(1) الإقالة : في اللغة : رفع وإسقاط ، وفي الشرع عبارة عن رفع العقد ، وقيل : إنه مشتق من القول وهمزته للسلب أي أزال القول السابق كما في قَسَطَ وأقسط أي أزال الجور ، وهي غلط لأنهم قالوا : قِلتُه البيعَ وأَقَلتُهُ . وقال الجوهري رحمه الله : وأَقَلْتُهُ البيع إقالة وهو فسخه ، وربما قالوا قِلْتُهُ وهو لغة قليلة ، فدل قلته البيع على أن العين ياء. والوجه الثاني وهو أن تكون الإقالة من القول على البطلان ؛ لأن في الصحاح أورد إقالة البيع في القاف مع الياء ، لا في ذكر القاف مع الواو كذا في النهاية .
كما في : أنيس الفقهاء ، للشيخ قاسم القونوي صـ٢١٢ .

بثمن ثم يشتريه بأكثر منه ؛ لأنه في هذه المسألة اشترى منه البائع الأول العبد الذي باعه بالمائه التي وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقدًا ، أو إلى أجل ، وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمائة دينار إلى أجل والعشرة مثاقيل نقدًا أو إلى أجل . وأما إن ندم المشترى في هذه المسألة وسأل الإقالة على أن يعطي البائع العشرة المثاقيل نقدًا أو إلى أجل أبعد من الأجل الذي وجبت فيه المائة ، فهنا اختلفوا ، فقال مالك : لا يجوز ، وقال الشافعي : يجوز ، ووجه ما كره من ذلك مالك أن ذلك ذريعة إلى قصد بيع الذهب بالذهب إلى أجل ، وإلى بيع ذهب وعرض بذهب ؛ لأن المشتري دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التي عليه ، وأيضًا يدخله بيع وسلف ، كأن المشتري باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة إلى الأجل الذي يجب عليه قبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعي فهذا عنده كله جائز ؛ لأنه شراء مستأنف ، ولا فرق عنده بين هذه المسألة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة ، فيشترى منه غلامًا بالتسعين دينارًا التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير ، وذلك جائز بإجماع . قال : وحمل الناس على التهم لا يجوز .

وأما إن كان البيع الأول نقدًا فلا خلاف في جواز ذلك ؛ لأنه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئه ، إلا أن مالكًا كره ذلك لمن هو من أهل العينة ، أعني : الذي يداين الناس ؛ لأنه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان إليه بما أظهرا من البيع من غير أن تكون له حقيقة . وأما البيوع التي يعرفونها ببيوع الآجال ، فهي أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر ، أو نقدًا .

وهنا تسع مسائل إذ لم تكن هناك زيادة عرض ، اختلف منها في مسألتين واتفق في الباقي .

وذلك أنه من باع شيئًا إلى أجل ثم اشتراه ، فإما أن يشتريه إلى ذلك الأجل

بعينه أو قبله أو بعده ، وفي كل واحد من هذه الثلاثة إما أن يشتريه بمثل الثمن الذي باعه به منه ، وإما بأقل ، وإما بأكثر يختلف من ذلك في اثنين، وهو أن يشتريها قبل الأجل نقدا بأقل من الثمن أو إلى أبعد من ذلك الأجل بأكثر من ذلك الثمن ، فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز . وقال الشافعي ، وداود ، وأبو ثور : يجوز ، فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثاني بالبيع الأول ، فاتهمه أن يكون إنما قصد دفع دنانير في أكثر منها إلى أجل ، وهو الربا ، المنهي عنه ، فزور لذلك هذه الصورة ليتصلا بها إلى الحرام ، مثل أن يقول قائل لآخر : أسلفني عشرة دنانير إلى شهر وأرد إليك عشرين دينارًا ، فيقول : هذا لا يجوز ، ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين إلى شهر ، ثم أشتريه منك بعشرة نقدا . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها ؛ لأنه إن أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الأجل لم يتهم ، وكذلك إن اشتراها بأقل من ذلك الثمن إلى أبعد من ذلك الأجل ، ومن الحجة لمن رأى هذا الرأي حديث أبي العالية عن عائشة[1] أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم : يا أم المؤمنين إني بعت من زيد عبدًا إلى العطاء بثمانمائة فاحتاج إلى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الأجل

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨ /١٨٤ رقم ١٤٨١٢) ، والدارقطني (٥٢/٣ رقم ٢١١ و ٢١٢) ، والبيهقي (٥ /٣٣٠ -٣٣١) .
قال الدارقطني : أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما .
قلت : أم مُحِبَّة : بضم الميم وكسر الحاء هكذا ضبطه الدارقطني في كتابه « المؤتلف والمختلف » (٤ /٢١٦٤) وقال : إنها امرأة تروي عن عائشة ، روى حديثها أبو إسحاق السبيعي عن امرأته العالية . ورواه أيضاً يونس بن أبي إسحاق ، عن أمه العالية بنت أيفع ، عن أم محبة ، عن عائشة ، وأما العالية : فهي امرأة معروفة جليلة القدر ، ذكرها ابن سعد في الطبقات (٨ /٤٨٧) ، فقال : العالية بنت أيفع بن سراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة .
وقال ابن الجوزي في « التنقيح » هذا إسناد جيد ، وإن كان الشافعي لا يثبت مثله عن عائشة ، كما في نصب الراية (٤ /١٦) .

بستمائة ، فقالت عائشة : بئسما شريت ، وبئسما اشتريت ، أبلغي زيدًا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب، قالت: أرأيت إن تركت وأخذت الستمائة دينار ؟ قالت : نعم ﴿ **فَمَنْ جاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهى فَلَهُ مَا سَلَفَ** ﴾[1] وقال الشافعي وأصحابه : لا يثبت حديث عائشة ، وأيضًا فإن زيدًا قد خالفها ، وإذا اختلفت الصحابه فمذهبنا القياس ، وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما إذا حدث بالمبيع نقص عند المشتري الأول ، فإن الثوري وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدًا بأقل من ذلك الثمن . وعن مالك في ذلك روايتان ، والصور التي يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي أن يتذرع منها إلى : أنظرني أزدك ، أو إلى بيع ما لا يجوز متفاضلًا ، أو بيع ما لا يجوز نساء ، أو إلى بيع وسلف ، أو إلى ذهب وعرض بذهب ، أو إلى ضع وتعجل ، أو بيع الطعام قبل أن يستوفي ، أو بيع وصرف ، فإن هذه هي أصول الربا . ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعامًا بطعام قبل أن يقبضه ، فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة ، وأجازه الشافعي ، والثوري ، والأوزاعي ، وجماعة . وحجة من كرهه أنه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ، ومن أجازه لم ير ذلك فيه اعتبارًا بترك القصد إلى ذلك . ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعامًا بثمن إلى أجل معلوم ، فلما حل الأجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه إليه ، فاشترى من المشتري طعامًا بثمن يدفعه إليه مكان طعامه الذي وجب له فأجاز ذلك الشافعي وقال : لا فرق بين أن يشتري الطعام من غير المشتري الذي وجب له عليه أو من المشتري نفسه ، ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة إلى بيع الطعام قبل أن يستوفي ، لأنه رد إليه الطعام الذي كان ترتب في ذمته ، فيكون قد باعه منه قبل أن يستوفيه . وصورة الذريعة في ذلك أن يشتري رجل من آخر طعامًا إلى أجل معلوم ، فإذا حل الأجل قال الذي عليه الطعام : ليس عندي طعام ، ولكن

---

(١) البقرة : (٢٧٥) .

أشتري منك الطعام الذي وجب لك عليَّ ، فقال: هذا لا يصح؛ لأنه بيع الطعام قبل أن يستوفي فيقول له : فبع طعامًا مني وأرده عليك ، فيعرض من ذلك ما ذكرناه ، أعني أن يرد عليه ذلك الطعام الذي أخذ منه ، ويبقى الثمن المدفوع إنما هو ثمن الطعام الذي هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا ، وإنما يراعي فيما يحل ويحرم من البيوع ما اشترطا وذكراه بألسنتهما ، وظهر من فعلهما لإجماع العلماء على أنه إذا قال : أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها ، وأنظرك بها حولا أو شهرًا ؛ أنه لا يجوز ، ولو قال له : أسلفني دراهم وأمهلني بها حولًا أو شهرًا جاز ، فليس بينهما إلا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القصد وقرضه ، ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة : أنظرني أزدك ، والتفاضل ، والنساء ، وضع وتعجل ، وبيع الطعام قبل قبضه ، فإنه يظن أنه من هذا الباب إذ فاعل ذلك يدفع دنانير ، ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولا ضمان يتعلق بذمته ، فينبغي أن نذكر هٰـهنا هذين الأصلين . أما : ضع وتعجل فأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الأمصار ، ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبوحنيفة والثوري وجماعة من فقهاء الأمصار ، واختلف قول الشافعي في ذلك ، فأجاز مالك ، وجمهور من ينكر : ضع وتعجل ، أن يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضًا يأخذه ، وإن كانت قيمته أقل من دينه . وعمدة من لم يجز : ضع وتعجل أنه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ، ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارًا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعًا ، وذلك أنه هنالك لما زاد له في الزمان ؛ زاد له عرضه ثمنًا ، وهنا لما حط عنه الزمان ؛ حط عنه في مقابلته ثمنًا . وعمدة من أجازه ما روي عن ابن عباس[1]

---

(١) أخرجه البيهقي (٦ /٢٨) ، والطبراني في الأوسط (٤ /١٣٠ - مجمع الزوائد) وقال الهيثمي : وفيه مسلم بن خالد الزنجي ، وهو ضعيف وقد وثق .
قلت : بل قال عنه البخاري : منكر الحديث كما في التاريخ الكبير (٧ /٢٦٠) .

« أن النبي ﷺ لما أمر بإخراج بني النضير جاءه ناسٌ منهم فقالوا : يانبيَّ الله إنك أمرت بإخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل ، فقال رسول الله ﷺ : « ضَعُوا وَتَعَجَّلُوا » .

فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه ، فإن العلماء مجمعون على منع ذلك إلا ما يحكى عن عثمان البتي . وإنما أجمع العلماء على ذلك ؛ لثبوت النهي عنه عن رسول الله ﷺ من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر[1]. أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ ٱبْتاعَ طَعامًا فَلا يَبِعْهُ حَتى يَقْبِضَهُ » . واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع :

أحدها : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات .

والثاني : في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط .

والثالث : في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلًا وجزافًا ، ففيه ثلاثة فصول :

---

(١) أخرجه مالك (٢ /٦٤٠ رقم ٤٠ و ٤١) ، وأحمد (٢ /٥٩ ، ٧٣ ، ٧٩ ، ١٠٨) والدارمي (٢/٢٥٢ -٢٥٣) .
والبخاري (٤ /٣٤٤ رقم ٢١٢٦) و (٤ /٣٤٧ رقم ٢١٣٣) و (٤ /٣٤٩ رقم ٢١٣٦) .
ومسلم (٣/١١٦٠ رقم ٣٢ /١٥٢٦) ، وأبو داود (٣ /٧٦٠ رقم ٣٤٩٢) ، والنسائي (٧ /٢٨٥) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٩ رقم ٢٢٢٦) .
قلت : وفي الباب من حديث أبي هريرة ، وجابر ، وابن عباس .
● أما حديث أبي هريرة . فقد أخرجه مسلم (٣ /١١٦٢ رقم ٤٠ /١٥٢٨) .
● وحديث جابر ، أخرجه مسلم (٣ /١١٦٢ رقم ٤١ /١٥٢٩) .
● وحديث ابن عباس ، أخرجه البخاري (٤ /٣٤٩ رقم ٢١٣٥) ، ومسلم (٣ /١١٥٩ - ١١٦٠ رقم ٢٩ ، ٣٠ /١٥٢٥) .

○ الفصل الأول ○

[فيما يشترط فيه القبض من المبيعات]

وأما بيع ما سوى الطعام قبل القبض فلا خلاف في مذهب مالك في إجازته وأما الطعام الربوي فلا خلاف في مذهبه أن القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوي من الطعام فعنه في ذلك روايتان : **إحداهما** : المنع وهي الأشهر ، وبها قال أحمد وأبو ثور ، إلا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن . **والرواية الأخرى** : الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ما عدا المبيعات التي لا تنتقل ولا تحول من الدور والعقار . وأما الشافعي فإن القبض عنده شرط في كل مبيع ، وبه قال الثوري ، وهو مروي عن جابر بن عبد الله وابن عباس . وقال أبو عبيد وإسحاق : كل شيء لا يكال ولا يوزن فلا بأس ببيعه قبل قبضه ، فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون ، وبه قال بن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة وربيعة ، وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود ، فيتحصل في اشتراط القبض سبعة أقوال :

الأول : في الطعام الربوي فقط .

والثاني : في الطعام بإطلاق .

الثالث : في الطعام المكيل والموزون .

الرابع : في كل شيء ينقل .

الخامس : في كل شيء .

السادس : في المكيل والموزون .

السابع : في المكيل والموزون والمعدود .

أما عمدة مالك في منعه ماعدا المنصوص عليه ، فدليل الخطاب في الحديث المتقدم .

وأما عمدة الشافعي في تعميم ذلك في كل بيع فعموم قوله ﷺ « لاَ يحِلُّ بَيْعٌ وَسَلَفٌ ولا رِبْحٌ ما لَمْ يُضْمَنْ ولا بَيْعُ ما لَيْسَ عِنْدَكَ »[1] وهذا من باب بيع مالم يضمن ، وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط في دخول المبيع في ضمان المشتري ، واحتج أيضا بحديث حكيم بن[2] حزام قال : « قلت يا رسول الله ، إني أشترى بيوعًا فما يحل لى منها وما يحرم ؟ فقال يا بن أخي ، إِذَا اشْتَرَيْتَ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٧٦٩ رقم ٣٥٠٤) ، والترمذي (٣ /٥٣٥ رقم ١٢٣٤) ، والنسائي (٧ /٢٨٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٧ رقم ٢١٨٨) ، وابن الجارود (رقم ٦٠١) ، والحاكم (٢ /١٧) ، والبيهقي (٥ /٣٣٩ -٣٤٠) و (٥ /٣٤٨) ، والدارمي (٢/٢٥٣) ، وأحمد (٢ /١٧٨ -١٧٩) ، والطيالسي (صـ٢٩٨ رقم ٢٢٥٧) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص .

قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وقال الحاكم : هذا حديث على شرط جملة من أئمة المسلمين ، ووافقه الذهبي وهو كما قالا ...

وانظر الإرواء (٥ /١٤٧) والصحيحة (رقم ١٢١٢) .

(٢) أخرجه أبو داود (٣ /٧٦٨ رقم ٣٥٠٣) ، والنسائي (٧ /٢٨٩) ، والترمذي (٣ /٥٣٤ رقم ١٢٣٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٧ رقم ٢١٨٧) ، والشافعي في الرسالة (صـ ٣٣٥ -٣٣٦)، وأحمد (٣ /٤٠١،٤٠٣)، والطبراني في المعجم الكبير (٣/١٩٤ -١٩٥ رقم ٣٠٩٧ ، ٣٠٩٩ ، ٣١٠٠ ، ٣١٠١ ، ٣١٠٢ ، ٣١٠٣ ، ٣١٠٤ ، ٣١٠٥، ٣١٠٧ ، ٣١٠٨، ٣١١٠،) ، وفي المعجم الصغير (٢ /٥٥ رقم ٧٧٠ - الروض الداني) ، وابن حزم في المحلى بالآثار (٧ /٤٧٣) ، والذهبي في سير أعلام النبلاء (٦ /٢٦) ، والدارقطني (٣ /٨ -٩ رقم ٢٥ ،٢٧) ، والبيهقي (٥ /٢٦٧، ٣١٧) من طرق عن حكيم بن حزام بألفاظ كثيرة ومتنوعة . وقال الترمذي : حديث حسن .

قلت : وإسناده صحيح . وصححه ابن حزم ، والألباني في الإرواء (٥ / ١٣٢ رقم ١٢٩٢) .

بَيْعًا فَلا تَبِعْهُ حَتى تَقْبضَهُ » قال أبو عمرو : حديث حكيم بن حزام رواه يحيى ابن أبي كثير عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن عصمة حدثه أن حكيم بن حزام قال : ويوسف بن ماهك[1] وعبد الله بن عصمة[2] لا أعرف لهما جرحة إلا أنه لم يرو عنهما إلا رجل واحد فقط ، وذلك في الحقيقة ليس بجرحة وإن كرهه جماعة من المحدثين . ومن طريق المعنى أن بيع ما لم يقبض يتطرق منه إلى الربا ، وإنما استثنى أبو حنيفة ما يحول وينقل عنده مما لا ينقل ؛ لأن ما ينقل القبض عنده فيه هي التخلية. وأما من اعتبر الكيل والوزن ، فلاتفاقهم أن المكيل والموزون لا يخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن[3] .

---

(١) قلت : يوسف بن ماهك من رجال الصحيحين – ذكره ابن القيسراني في الجمع بين رجال الصحيحين (٢ /٥٨٠ رقم ٢٢٦٤) – وقد روى عنه نحو خمسة عشر رجلاً فأكثر . وقد روى عنه هذا الحديث بخصوصه : أبو بشر جعفر بن إياس ، وأيوب السختياني ، ويونس ، ويعلى بن حكيم ، وعطاء ، وعامر الأحول .

(٢) قلت : عبد الله بن عصمة : روى عنه عطاء بن أبي رباح ، ويوسف بن ماهك ، وصفوان بن مَوْهَب . كما في تهذيب التهذيب (٥ /٢٨١ رقم ٥٤٩) ، وذكره ابن حبان في الثقات (٥ /٢٧) .

(٣) تقدم تخريجه قريباً من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص .

○ الفصل الثاني ○

في الاستفادات التي يشترط في بيعها القبض من التي لا يشترط .

وأما ما يعتبر ذلك فيه مما لا يعتبر ، فإن العقود تنقسم أوّلا إلى قسمين : قسم يكون بمعاوضة ، وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات . والذي يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : يختص بقصد المعاينة والمكايسة ، وهي البيوع والإجارات ، والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدي وغيره .

والقسم الثاني : لا يختص بقصد المغابنة ، وإنما يكون على جهة الرفق وهو القرض .

والقسم الثالث : فهو ما يصح أن يقع على الوجهين جميعًا ، أعني : على قصد المغابنة ، وعلى قصد الرفق ، كالشركة والإقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء في هذه الأقسام .

أما ما كان بيعًا وبعوض، فلا خلاف في اشتراط القبض فيه ، وذلك في الشيء الذي يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء . وأما ما كان خالصا للرفق ، أعني : القرض ، فلا خلاف أيضًا أن القبض ليس شرطًا في بيعه ، أعني : أنه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه . واستثنى أبو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع ، فقال : يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التي تتردد بين قصد الرفق المغابنة وهي التولية والشركة والإقالة ، فإذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الإقالة أو التولية بزيادة أو نقصان ، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعي : لا تجوز الشركة

ولا التولية قبل القبض ، وتجوز الإقالة عندهما ؛ لأنها قبل القبض فسخ بيع لا بيع . فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات أنها في معنى البيع المنهي عنه ، وإنما استثنى مالك من ذلك التولية والإقالة والشركة للأثر والمعنى . أما الأثر[1] فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال : « مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلا يَبِعْهُ حتى يَسْتَوْفِيَهُ » إلا ما كان من شركة أو تولية أو إقالة . وأما من طريق المعنى فإن هذه إنما يراد بها الرفق لا المغابنة إذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان ، وإنما استثنى من ذلك أبو حنيفة : الصداق والخلع والجعل ؛ لأن العوض في ذلك ليس بيِّنا إذا لم يكن عينا .

---

(١) قلت : أخرج الأثر سحنون في المدونة (٤ /٨١) قال : أخبرني ابن القاسم عن سليمان بن بلال ، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، عن سعيد بن المسيب ، أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شرك أو إقالة أو تولية » .

● أما مالك فقال في الموطأ (٢ /٦٤٩ رقم ٥٤) : « ولا يحل بيع الطعام قبل أن يستوفى لنهي النبي ﷺ عن ذلك ، غير أن أهل العلم قد اجتمعوا على أنه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة في الطعام وغيره » .

● وأخرج عبد الرزاق في مصنفه (٨ /٤٩) رقم (١٤٢٥٧) ، قال : أخبرنا معمر عن ربيعة عن ابن المسيب أن النبي ﷺ ، قال : « التولية ، والإقالة ، والشركة سواء » لا بأس به ، وأما ابن جريج فقال : أخبرني ربيعة بن أبي عبد الرحمن ، عن النبي ﷺ حديثاً مستفاضاً بالمدينة ، قال : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه إلا أن يشرك فيه أو يوليه ، أو يقيله » .

○ الفصل الثالث ○
[في الفرق بين ما يباع من الطعام مكيلًا وجزافًا]

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافًا ، فإن مالكًا رخص فيه وأجازه ، وبه قال الأوزاعي ، ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعي . وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهي عن بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأن الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف . ومن الحجة لهما ما روي عن ابن عمر[1] أنه قال : « كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاع الطعام جزافا ، فبعث إلينا من يأمرنا بانتقاله

(١) ● أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٦٤١ رقم ٤٢) ، وأحمد (١ /٥٦) ، ومسلم (٣ /١١٦٠ رقم ٣٣ /١٥٢٧) ، والنسائي (٧ /٢٨٧) ، والبيهقي (٥ /٣١٤) ، وأبو داود (٣/٧٦٠ رقم ٣٤٩٣) : عن عبد الله بن عمر ، أنه قال : « كنا في زمان رسول الله ﷺ نبتاعُ الطعامَ ، فيبعثُ علينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذي ابتعناهُ فيه ، إلى مكانٍ سواه ، قبلَ أن نبيعه » .
وزاد أبو داود « يعني جُزافاً » .
● وأخرجه أحمد (٢ /١٤٢) ، ومسلم (٣ /١١٦١ رقم ٣٤ /١٥٢٧) ، وأبو داود (٣ /٧٦١ رقم ٣٤٩٤) ، والنسائي (٧ /٢٨٧) ، وابن الجارود (رقم ٦٠٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٨) ، والبيهقي (٥ /٣١٤) عن ابن عمر قال : « كنا نشتري الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه ، حتى ننقلَهُ من مكانه » .
● وأخرجه أحمد (٢ /٧ ، ٤٠، ٥٣) ، والبخاري (٤ /٣٤٧ رقم ٢١٣١) ، ومسلم (٣ /١١٦١ رقم ٣٨ /١٥٢٧) ، والنسائي (٧ /٢٨٧) ، والبيهقي (٥ /٣١٤) عن ابن عمر قال : « رأيت الذين يشترون الطعام مجازفة يُضْرَبون على عهد رسول الله ﷺ أن يبيعوه حتى يؤووه إلى رِحالهم » .

من المكان الذي ابتعناه فيه إلى مكان سواه قبل أن نبيعه ، قال أبو عمر : وإن كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف ، فقد روته جماعة وجوّده عبيد الله بن عمر وغيره ، وهو مقدم في حفظ حديث نافع . وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية ، فهو عندهم من ضمان المشتري بنفس العقد ، وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة ، وقد يدخل في هذا الباب إجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئًا لا يملكه ، وهو المسمى : عينة ، عند من يرى نقله من باب الذريعة إلى الربا . وأما من رأى منعه من جهة أنه قد لا يمكنه نقله ، فهو داخل في بيوع الغرر ، وصورة التذرع منه إلى الربا المنهي عنه أن يقول رجل لرجل : أعطني عشرة دنانير على أن أدفع لك إلى مدة كذا ضعفها ، فيقول له : هذا لا يصلح ، ولكن أبيع منك سلعة كذا لسلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ، ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقضبها له بعد أن كمل البيع بينهما ، وتلك السلعة قيمتها قريب مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضًا فيردّ عليه ضعفها ، وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ، ولا خلاف في هذه الصورة التي ذكرنا أنها غير جائزة في المذهب ، أعني : إذا تقارّا على الثمن الذي يأخذ به السلعة قبل شرائها ، وأما الدين بالدين ، فأجمع المسلمون على منعه . واختلفوا في مسائل هل هي منه أم ليست منه ؟ مثل ما كان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرًا قد بدا صلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ، ويراه من باب الدين بالدين . وكان أشهب يجيز ذلك وبقول : ليس هذا من باب الدين بالدين ، وإنما الدين بالدين ما لم يشرع في أخذ شيء منه ، وهو قياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة . ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ما قاله في المدونة من أن الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن إلى العطاء ، فيأخذ المبتاع كل يوم وزنًا معلومًا قال : ولم ير الناس بذلك بأسًا ، وكذلك

كل ما يبتاع في الأسواق ، وروى ابن القاسم أن ذلك لا يجوز إلا فيما خشي عليه الفساد من الفواكه إذا أخذ جميعه ، وأما القمح وشبهه فلا ، فهذه هي أصول هذا الباب ، وهذا الباب كله إنما حرم في الشرع ؛ لمكان الغبن الذي يكون طوعًا وعن علم .

○ الباب الثالث ○

وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذى سببه الغرر ، والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه : إما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه ، أو تعيين العقد ، أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع ، أو بقدره ، أو بأجله إن كان هنالك أجل ، وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه ، وهذا راجع إلى تعذر التسليم ، وإما من جهة الجهل بسلامته ، أعني : بقاءه ، وهٰـهنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها . ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر ، بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها ، والمنطوق به أكثره متفق عليه ، وإنما يختلف في شرح أسمائها ، والمسكوت عنه مختلف فيه . ونحن نذكر أوّلا المنطوق به في الشرع ، وما يتعلق به من الفقه ، ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الأمصار ؛ ليكون كالقانون في نفس الفقة ، أعني : في رد الفروع إلى الأصول . فأما المنطوق به في الشرع فمنه « نهيه ﷺ عن بيع حَبَلِ الحَبَلَة »[1] ....

---

(١) أخرج مسلم (٣ /١١٥٣ رقم ٥ /١٥١٤) ، وأبو داود (٣ /٦٧٥ رقم ٣٣٨٠) ، والترمذي (٣ /٥٣١ رقم ١٢٢٩) وقال حديث حسن صحيح . والنسائي (٧ /٢٩٣ رقم ٤٦٢٣ و ٤٦٢٤) .

عن ابن عمر رضي الله عنهما ، أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع حَبَل الحَبلة » .

● وأخرجه البخاري (٤ /٣٥٦ رقم ٢١٤٣) و (٤ /٤٣٥ رقم ٢٢٥٦) و (٧ /١٤٩ رقم ٣٨٤٣) ، ومسلم (٣ /١١٥٤ رقم ٦ /١٥١٤) ، والنسائي (٧ /٢٩٣ رقم ٤٦٢٥) ، ومالك في الموطأ (٢ /٦٥٣ رقم ٦٢) و (٢ /٦٥٤ رقم ٦٣) ، وأبو داود (٣ /٦٧٦ رقم ٣٣٨١) . =

ومنها « نهيه عن بيع ما لم يخلق »[1] ....

= عن ابن عمر رضي الله عنه : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلةِ ، وكان بيعاً يتبايعُهُ أهل الجاهلية : كان الرجل يبتاع الجزورَ إلى أن تُنْتَجَ الناقةُ ، ثم تنتجُ التي في بطنها » .

(١) ● أخرج البيهقي (٥ /٣٤١) ، والبزار (٢ /٩١ رقم ١٢٨٠ - كشف الأستار) عن ابن عمر ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن الشغار ، وعن بيع المجر ، وعن بيع الغرر ، وعن بيع كالئٍ بكالئ ، وعن بيع آجل بعاجل ، قال : والمجر : ما في الأرحام ، والغرر : أن تبيع ما ليس عندك ، وكالئ بكالئ : دين بدين ، والآجل بالعاجل : أن يكون لك على الرجل ألف درهم فيقول رجل : أعجَل لك خمسمائة ودع البقية ، والشغار : أن ينكح المرأة بالمرأة ليس بينهما صداق .

قلت : في الصحيح طرف منه .

قال البزار : لا نعلم رواه بهذا التمام إلا « موسى بن عبيدة » عن « عبد الله بن دينار » عن ابن عمر .

وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (٤ /٨٠) : « في الصحيح طرف منه رواه البزار ، وفيه : موسى بن عبيدة ، وهو ضعيف » .

قلت : وانظر ترجمته في المجروحين (٢ /٢٣٤) ، والميزان (٤ /٢١٣) ، والجرح والتعديل (٨ /١٥١) .

● وأخرج ابن أبي شيبة في المصنف (٦ /١٣١) ، وأحمد (٣ /٤٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٠ رقم ٢١٩٦) ، وأبو يعلى الموصلي في المسند (٢ /٣٤٥ رقم ١١٩ /١٠٩٣) ، والدارقطني (٣ /١٥ رقم ٤٤) ، والبيهقي (٥ /٣٣٨) ، والترمذي مختصراً (٤ /١٣٢ رقم ١٥٦٣) عن أبي سعيد الخدري ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن شِرَى ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعمَّا في ضروعها إلا بكيل ، وعن شرى العبد وهو آبق ، وعن شرى المغانم حتى تُقسم ، وعن شرى الصدقات حتى تُقبض ، وعن ضَرْبَةِ الغائص » .

قال الترمذي : حديث غريب . وقال الحافظ في بلوغ المرام (رقم ٧٧٣):بتخريجنا وأعله ابن أبي حاتم في « العلل » (١ /٣٧٣ رقم ١١٠٨) عن أبيه : بمحمد بن إبراهيم الباهلي . فقال : شيخ مجهول . وضعفه الألباني في الإرواء (رقم ١٢٩٣) .

« وعن بيع الثمار حتى تُزْهِي »[(١)] « وعن بيع الملامسة والمنابذة »[(٢)] « وعن بيع الحصاة »[(٣)] ومنها « نهيه عن المعاومة »[(٤)] « وعن بيعتين في بيعة »[(٥)] « وعن بيع

---

(١) أخرج البخاري (٤ /٣٩٨ رقم ٢١٩٨) ، ومسلم (٣ /١١٩٠ رقم ١٥ /١٥٥٥) . من حديث أنس بن مالك : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تُزْهِيَ . قالوا : وما تُزهِي ؟ قال : تحمرّ . فقال : إذا منع الله الثمرة فبمَ تستحلُّ مال أخيك » واللفـظ لمسـلم .

وفي رواية له (٤ /٤٠٤ رقم ٢٢٠٨) : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو . فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ فقال : تحمر وتصفر ، أرأيتك إن منع الله الثمرة بمَ تستحل مال أخيك ؟ » .

(٢) أخرج البخاري (٤/ ٣٥٨ رقم ٢١٤٤) ، ومسلم (٣ /١١٥٢ رقم ٣ /١٥١٢) من حديث أبي سعيد الخدري ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الملامسة والمنابذة في البيع . والملامسة : لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه ، والمنابذة : أن ينبذ الرجل إلى الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ، ويكون ذلك بيعهما في غير نظر و لا تراض » .

(٣) أخرج أحمد (٢ /٤٣٦) ، ومسلم (٣ /١١٥٣ رقم ٤ /١٥١٣) ، وأبو داود (٣ /٦٧٢ رقم ٣٣٧٦) ، والترمذي (٣ /٥٣٢ رقم ١٢٣٠) وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي (٧ /٢٦٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٩ رقم ٢١٩٤) ، وابن الجارود (رقم ٥٩٠) ، والبيهقي (٥ /٣٤٢) وغيرهم .
من حديث أبي هريرة : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » .

(٤) أخرج أحمد (٣ /٣٦٤) ، ومسلم (٣ /١١٧٥ رقم ٨٥ /١٥٣٦) ، وأبو داود (٣ /٦٩٣ رقم ٣٤٠٤) ، والنسائي (٧ /٢٩٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٧ رقم ٢٢١٨) ، وابن الجارود (رقم ٥٩٨) ، والبيهقي (٥ /٣٠٤) من حديث جابر بن عبد الله ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة ، وعن الثُنيا ورخص في العرايا » واللفظ لمسلم . وقال بعضهم : « نهى عن بيع السنين » .

(٥) أخرج أحمد (٢ /٤٣٢، ٤٧٥، ٥٠٣) ، والترمذي (٣ /٥٣٣ رقم ١٢٣١) ، والنسائي (٧ /٢٩٥ -٢٩٦) ، وابن الجارود (رقم ٦٠٠) ، والبيهقي (٥/٣٤٣) ، وابن حبان (ص ٢٧٢ رقم ١١٠٩ - الموارد) . =

وشرط »[1] « وعن بيع وسلف »[2] « وعن بيع السنبل حتى يبيض »[3]

= من حديث أبي هريرة ، عن النبي ﷺ أنه : « نهى عن بيعتين في بيعة » .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح .
وحسنه الألباني في الإرواء (٥ /١٤٩ -١٥٠) .

(١) أخرج ابن حزم في « المحلى بالآثار » (٧ /٣٢٤ -٣٢٥) ، والحاكم في معرفة علوم الحديث (ص ١٢٨) ، والطبراني في الأوسط (٤ /٨٥ - مجمع الزوائد) .
عن عبد الوارث بن سعيد ، قال : قدمت مكة فوجدت بها أبا حنيفة ، وابن أبي ليلى وابن شُبْرُمة ، فسألت أبا حنيفة ، فقلت : ما تقول في رجل باع بيعاً وشرط شرطاً ؟ قال : البيع باطل والشرط باطل ، ثم أتيت ابن أبي ليلى ، فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل ؛ ثم أتيت ابن شُبْرُمة ، فسألته فقال : البيع جائز والشرط جائز ؛ فقلت : يا سبحان الله ! ثلاثة من فقهاء العراق اختلفتم عليَّ في مسألة واحدة ! فأتيت أبا حنيفة فأخبرته فقال : ما أدري ما قالا ، حدثني عمرو بن بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، البيع باطل والشرط باطل ، ثم أتيت ابن أبي ليلى فأخبرته فقال : ما أدري ما قالا ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت : أمرني رسول الله ﷺ أن أشترى بريرة فأُعتقها ، البيع جائز والشرط باطل ، ثم أتيت ابن شُبْرُمة فأخبرته فقال ما أدري ما قالا ، حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال : بعتُ من النبي ﷺ ناقة وشرط لي حُملانها إلى المدينة ، البيع جائز والشرط جائز » .
وقال الهيثمي : وفيه يحيى بن صالح الأيلي ، قال الذهبي : روى عنه يحيى بن بكير مناكير . قلت : ولم أجد لغير الذهبي فيه كلاماً ، وبقية رجاله رجال الصحيح .

(٢) تقدم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص . في الفصل الأول : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات .

(٣) أخرج أحمد (٢ /٥) ، ومسلم (٣ /١١٦٥ رقم ٥٠ /١٥٣٥) ، وأبو داود (٣ /٦٦٥ رقم ٣٣٦٨) ، والترمذي (٣ /٥٢٩ رقم ١٢٢٧) ، والنسائي (٧ /٢٧٠ -٢٧١) ، والبيهقي (٥ /٣٠٣) من حديث ابن عمر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع النخل حتى تزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » .

« والعنب حتى يسودّ »[1] « ونهيه عن المضامين والملاقيح »[2] . أما بيع

---

(١) أخرج أحمد (٣ /٢٢١ ، ٢٥٠) ، وأبو داود (٣ /٦٦٨ رقم ٣٣٨١) ، والترمذي (٣ /٥٣٠ رقم ١٢٢٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٧ رقم ٢٢١٧) ، والبيهقي (٥ /٣٠١) من حديث أنس : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحَبِّ حتى يشتد » .

(٢) ● أخرج البزار (٢ /٨٧ رقم ١٢٦٧ -كشف الأستار) عن أبي هريرة : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الملاقيح والمضامين » .
قال البزار : لا نعلم أحداً رواه هكذا إلا صالح . ولم يكن بالحافظ .
وأورده الهيثمي في « المجمع » (٤ /١٠٤) وقال : « رواه البزار وفيه صالح بن أبي الأخضر وهو ضعيف » .
وعزاه ابن حجر في « التلخيص » (٣ /١٢ رقم ١١٤٦) لإسحاق بن راهويه . وفيه صالح بن أبي الأخضر أيضاً .
● وأخرج البزار (٢ /٨٧ رقم ١٢٦٨ – كشف الأستار) ، والطبراني في الكبير (٤ /١٠٤ – مجمع الزوائد) .
عن ابن عباس : « أن النبي ﷺ نهى عن الملاقيح والمضامين ، وحَبَل الحبلة » .
قلت : لم أره بهذا السياق .
قال البزار : لا نعلمه عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد .
وقال الهيثمي في « مجمع الزوائد » : « وفيه إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة ، وثقه أحمد ، وضعفه جمهور الأئمة » .
قلت : انظر ترجمته في المجروحين (١ /١٠٩) ، والجرح والتعديل (٢ /٨٣) ، والميزان (١ /١٩) ، والتقريب (١ /٣١) .
● وأخرج مالك (٢ /٦٥٤ رقم ٦٣) مرسلاً .
عن سعيد بن المسيب ، قال : « لا ربا في الحيوان ، وإنما نُهيَ من الحيوان عن ثلاثة : عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة .. » .
● وفي الباب : عن عمران بن حصين ، وهو في البيوع لابن أبي عاصم . – كما في تلخيص الحبير (٣ /٧ رقم ١١٣٢) ، وعن ابن عمر أخرجه عبد الرزاق في المصنف =

الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلًا ، ولا يعلم ما فيه ، وهذا مجمع على تحريمه ، وسبب تحريمه الجهل بالصفة . وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين إلى صاحبه الثوب من غير أن يعين أن هذا بهذا ، بل كانوا يجعلون ذلك راجعًا إلى الاتفاق . وأما بيع الحصاة ، فكانت صورته عندهم أن يقول المشترى : أيّ ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمي بها فهو لي ، وقيل أيضًا : إنهم كانوا يقولون : إذا وقعت الحصاة من يدي فقد وجب البيع ، وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ، ففيه تأويلان : **أحدهما** : أنها كانت بيوعاً يؤجلونها إلى أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم ينتج ما في بطنها ، والغرر من جهة الأجل في هذا بيِّن ، وقيل : إنما هو بيع جنين الناقة ، وهذا من باب النهي عن بيع المضامين والملاقيح . والمضامين : هي ما في بطون الحوامل ، والملاقيح ما في ظهور الفحول ، فهذه كلها بيوع جاهلية متفق على تحريمها ، وهي محرمة من تلك الأوجه التي ذكرناها . وأما بيع الثمار ، فإنه ثبت عنه ﷺ : « أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تُزهي »[1] ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر منها نحن عيونها .

وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ، ثم إذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ، ثم إذا كان قبل الصرام فلا

= (٨ /٢١ رقم ١٤١٣٨) وإسناده قوي قاله ابن حجر في التلخيص (٣ /١٢ رقم ١١٤٦) .

(١) أخرج البخاري (٤ /٣٩٤ رقم ٢١٩٤) ، ومسلم (٣ /١١٦٥ رقم ٤٩ /١٥٣٤) من حديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » .

وفي لفظ لمسلم (٣ /١١٦٥ رقم ٥٠ /١٥٣٥) : « نهى عن بيع النخل حتى تزهو » . وقد تقدم قريباً من حديث أنس .

يخلو أن تكون قبل أن تزهي أو بعد أن تزهي ، وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعًا مطلقًا أو بشرط التبقية ، أو بشرط القطع .

أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك ؛ لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق ، ومن باب بيع السنين والمعاومة . وقد روي عنه ﷺ : « أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة ، وهي بيع الشجر أعوامًا »[٢] إلا ما روي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذي نذكره ، إلا ما روي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن ، وعن عكرمة أنه لا يجوز إلا بعد الصرام ، فإذا قلنا بقول الجمهور : إنه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهي أو قبل أن تزهي ، وقد قلنا إن ذلك لا يخلو أن يكون بيعًا مطلقًا أو بيعًا بشرط القطع أو بشرط التبقية . فأما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه إلا ما روي عن الثوري وابن أبي ليلى من منع ذلك ، وهي رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز ، إلا ما ذكره اللخمي من جوازه تخريجًا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقًا ، فاختلَف في ذلك فقهاء الأمصار ، فجمهورهم على أنه لا يجوز ، مالك والشافعي وأحمد وإسحاق والليث والثوري وغيرهم . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك إلا أنه يلزم المشتري عنده فيه القطع لا من جهة ما هو بيع ما لم يره بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتي بعدُ . أما دليل الجمهور على منع

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

وقد وهم المصنف في عطفه المعاومة على السنين ، فإنهما واحد ، وإنما الرواة أختلفوا في التعبير فبعضهم قال : « عن بيع السنين » وبعضهم قال : « عن المعاومة » .

بيعها مطلقاً قبل الزهو ، فالحديث الثابت عن ابن عمر[(١)] : « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى يبدُوَ صلاحُها ، نهى البائعَ والمُشْتَري » فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وأن هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية ، ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهي لقوله ﷺ في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو « أرأَيْتَ إنْ مَنَعَ اللّٰهُ الثَّمَرَةَ فَبِم يأْخُذُ أحَدُكُمْ مالَ أخِيه ؟ »[(٢)] لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق ، أعني : النهي عن البيع

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) تقدم تخريجه قريباً من حديث أنس بن مالك .

إلا أن هذا الكلام الذي عزاه المصنف للنبي ﷺ جزماً وقع اختلاف الرواة فيه ، هل هو من قول النبي ﷺ ؟ أو من قول أنس بن مالك كما تقدمت الإشارة إليه ؟ .

وبيان ذلك أن الحديث أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٦١٨ رقم ١١) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٤٨ رقم ٥٠٩) ، والبخاري (٤ /٣٩٨ رقم ٢١٩٨) ، والنسائي (٧ /٢٦٤ رقم ٤٥٢٦) .

عن أنس بن مالك : أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تُزهي ، فقيل له : يا رسول الله ، وما تُزهي ؟ فقال : « حين تحمرّ » وقال رسول الله ﷺ : « أرأيت إذا منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » .

● وأخرجه مسلم (٣ /١١٩٠ رقم ١٥ /١٥٥٥) بصيغة محتملة للرفع والوقف . ولفظه « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تُزهي ، قالوا : وما تزهي قال : تحمر ، فقال : إذا منع الله .. » وذكره .

● وأخرجه البخاري (٤ /٤٠٤ رقم ٢٢٠٨) ، ومسلم (٣ /١١٩٠ رقم ١٥ /١٥٥٥) بصيغة الوقف . ولفظه « أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر التمر حتى يزهُوَ . فقلنا لأنس : ما زهوها ؟ قال : تحمرُّ وتصفرُ . أرأيتَ إن منعَ اللهُ الثمر بم تستحلُّ مالَ أخيك ؟ » .

● قلت : والصواب صيغة الرفع لورود ذلك في الحديث الذي أخرجه مسلم =

قبل الإزهاء ، بل رأى أن معنى النهي :هو بيعه بشرط التبقية إلى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع . واختلفوا إذا ورد البيع مطلقًا في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز ، أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الإطلاق على التبقية ، أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه ، قال : لا يجوز ، ومن حمله على القطع ؛ قال : يجوز ، والمشهور عن مالك أن الإطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه : إنه محمول على القطع ، وأما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقًا قبل أن تزهي حديث ابن عمر[1] الثابت أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ باعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرَتُهَا للْبائِعِ إلَّا أنْ يَشْتَرِطها المُبْتاعُ » قالوا : فلما جاز أن يشترطه المبتاع ؛ جاز بيعه مفردًا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهي عن بيع الثمار قبل أن تزهي على الندب ، واحتجوا لذلك بما روي عن زيد بن ثابت[2] قال : « كان الناس في عهد رسول الله ﷺ يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فإذا جد الناس وحضر تقاضيهم ، قال المبتاع : أصاب الثمر الزمان ، أصابه ما أضرّ به قشام ومراض لعاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم : لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها » وربما قالوا : إن المعنى الذي دل عليه الحديث في قوله : « حتى يبدو صلاحه » هو ظهور الثمرة بدليل قوله ﷺ : « أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ »[3]

= (٣ /١١٧٤ رقم ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ ، ٨٤ /١٥٣٦) ، وأبو داود (٣ /٦٦٧ رقم ٣٣٧٠) و (٣ /٦٦٩ رقم ٣٣٧٣) ، والنسائي (٧ /٢٦٣ ، ٢٦٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٧ رقم ٢٢١٦) من حديث جابر . بنحو ما في حديث أنس .

(١) أخرجه البخاري (٤ /٤٠١ رقم ٢٢٠٤) تعليقاً ، ومسلم (٣ /١١٧٢ رقم ٧٧ /١٥٤٣) .

(٢) أخرجه البخاري (٤ /٣٩٣ رقم ٢١٩٣) ، وأبو داود (٣ /٦٦٨ رقم ٣٣٧٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٢٨) ، والبيهقي (٥ /٣٠١ -٣٠٢) .

(٣) تقدم قريباً من حديث أنس .

وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ، ولم يكن يرى رأي أبي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدوّ صلاحها على شرط التبقية ، فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الإزهاء على الخصوص ، أعني : إذا بيع الثمر مع الأصل . وأما شراء الثمر مطلقًا بعد الزهوّ فلا خلاف فيه ، والإطلاق فيه عند جمهور فقهاء الأمصار يقتضي التبقية ، بدليل قوله ﷺ : « أرأيت إن منع الله الثمرة »[1] الحديث . ووجه الدليل منه أن الجوائح إنما تطرأ في الأكثر على الثمار قبل بدّو الصلاح ، وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر إلا قليلًا ، ولو لم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع ، وكان هذا الشرط باطلًا . وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع الثمر بشرط التبقية ، والإطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع . وهو خلاف مفهوم الحديث ، وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضي تسليمه وإلا لحقه الغرر ، ولذلك لم يجز أن تباع الأعيان إلى أجل . والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الأعيان إلى أجل ؛ لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة ، فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين :

أحدهما : في جواز بيعها قبل أن تزهي .

والثاني : في منع تبقيتها بالشرط بعد الإزهاء أو بمطلق العقد ، وخلافهم في الموضع الأول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني ، أعني : في شرط القطع وإن أزهى ، وإنما كان خلافهم في الموضع الأول أقرب ؛ لأنه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ؛ لأن ذلك أيضًا مروي عن عمر بن الخطاب وابن الزبير ، وأما بدوّ الصلاح الذي جوّز رسول الله ﷺ البيع بعده ، فهو أن يصفرّ فيه البسر ويسودّ فيه العنب إن كان مما يسود ، وبالجملة أن تظهر في الثمر صفة

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

الطيب[1]، هذا هو قول جماعة فقهاء الأمصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس « أنه ﷺ سئل عن قوله حتى يزهي ، فقال : حتَّى يَحْمَرَّ » وروي عنه ﷺ « أنه نهى عن بيع العنب حتى يسود ، والحب حتى يشتد »[2] وكان زيد بن ثابت في رواية مالك[3] عنه لا يبيع ثماره حتى تطلع الثريا ، وذلك لاثنتي عشرة ليلة خلت من أيار وهو مايو ، وهو قول ابن عمر أيضًا « سئل عن قول رسول الله ﷺ إنه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات ، فقال عبد الله ابن عمر : ذلك وقت طلوع الثريا » وروي عن أبي هريرة[4] عن النبي ﷺ قال : « إذَا طَلَعَ النَّجم صَباحًا رُفِعَتِ العاهاتُ عَنْ أهْلِ البَلَدِ » وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس أن يباع الحائط وإن لم يزه ، إذا أزهى ما حوله من الحيطان إذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة ، يريد - والله أعلم - طلوع الثريا . إلا أن المشهور عنه أنه لا يباع حائط حتى يبدو فيه الزهو ، وقد قيل : إنه لا يعتبر مع الإزهاء طلوع الثريا . فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال : قول

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) تقدم تخريجه قريباً .

(٣) في الموطأ (٢ /٦١٩ رقم ١٣) .

(٤) أخرجه أحمد (٢ /٣٤١) ، والبزار (٢ /٩٧ رقم ١٢٩٢ - كشف الأستار) ، والطبراني في الأوسط (٤ /١٠٣ - مجمع الزوائد) ، وفي الصغير (١ /٨١ رقم ١٠٤) ، وأبو نعيم في الحلية (٧ /٣٦٧) وقال الهيثمي : رواه كله أحمد والبزار والطبراني في الصغير ، ولفظه : « إذا ارتفع النجم رفعت العاهة عن كل بلد ، وروي الأول في الأوسط بنحوه ، وفيه « عسل بن سفيان » وثقه ابن حبان ، وقال : يخطىء ويخالف ، وضعفه جماعة ، وبقية رجاله رجال الصحيح » .
قلت : وقال ابن عدي : هو مع ضعفه يكتب حديثه ، وقال يعقوب بن سفيان : ليس بمتروك ، ولا هو حجة .
وهو حديث ضعيف . انظر الضعيفة للألباني (رقم ٣٩٧) .

إنه الإزهاء ، وهو المشهور ، وقول إنه طلوع الثريا ، وإن لم يكن في الحائط في حين البيع إزهاء ، وقول : الأمران جميعًا . وعلى المشهور من اعتبار الإزهاء يقول مالك : إنه إذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب ؛ لم يبع كل صنف منها إلا بظهور الطيب فيه ، وخالفه في ذلك الليث .

وأما الأنواع المتقاربة الطيب فيجوز عنده بيع بعضها بطيب البعض ، وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الإزهاء في بعضه لا في كله إذا لم يكن ذلك الإزهاء مبكرًا في بعضه تبكيرًا يتراخى عنه البعض بل إذا كان متتابعًا ؛ لأن الوقت الذي تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو إذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسقًا غير منقطع . وعند مالك أنه إذا بدا الطيب في نخلة بستان ؛ جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له ، إذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعي : لا يجوز إلا بيع نخل البستان الذي يظهر فيه الطيب فقط . ومالك اعتبر الوقت الذي تؤمن فيه العاهة إذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد . والشافعي اعتبر نقصان خلقة الثمر ، وذلك أنه إذا لم يطب كان من بيع ما لم يخلق ، وذلك أن صفة الطيب فيه وهي مشتراة لم تخلق بعد ، لكن هذا كما قال لا يشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة ، وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار . ومن المسموع الذي اختلفوا فيه من هذا الباب ما جاء عنه ﷺ من النهي عن بيع السنبل حتى يبيضّ والعنب حتى يسود[1] ، وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل ؛ لأنه بيع ما لم تعلم صفته ولا كثرته . واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب ، فجوز ذلك جمهور العلماء : مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة ، وقال الشافعي : لا يجوز بيع السنبل نفسه وإن اشتد ؛ لأنه من

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

باب الغرر وقياسًا على بيعه مخلوطًا بتبنه بعد الدرس . وحجة الجمهور شيئان : الأثـر والقيـاس . فأمـا الأثـر فمـا روي عـن نـافع عـن ابـن عمـر[١] « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخيل حتى تزهي ، وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » وهي زيادة على ما رواه مالك من هذا الحديث ، والزيادة إذا كانت من الثقة مقبولة ، وروي عن الشافعي أنه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله ، وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث . وأما بيع السنبل إذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك إلا على القطع . وأما بيع السنبل غير محصود ، فقيل عن مالك : يجوز ، وقيل : لا يجوز ، إلا إذا كان في حزمه . وأما بيعه في تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب ، هذا إذا كان جزافًا ، فأما إذا كان مكيلًا فجائز عند مالك ، ولا أعرف فيه قولًا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل إذا طاب على من يكون حصاده ودرسه ، فقال الكوفيون : على البائع حتى يعمله حبًا للمشترى ؛ وقال غيرهم : هو على المشتري . ومن هذا الباب ما ثبت « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة » وذلك من حديث ابن عمر[٢] وحديث ابن مسعود[٣] ....

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه أحمد (٢ /٧١) ، والبزار (٢ /١٠٠ رقم ١٢٩٩ - كشف الأستار) عن ابن عمر أن النبي ﷺ « نهى عن بيعتين في بيعة ، وقال : مطل الغني ظلم ، وإذا أحيل أحدكم على مليءٍ فليحتَلْ » .
قال البزار : لا نعلم رواه عن نافع إلا يونس ، ولا عنه إلا هشيم ، وقال الهيثمي في « مجمع الزوائد » (١٣١/٤) : « رواه البزار ورجاله رجال الصحيح ، خلا الحسن ابن عرفة ، وهو ثقة » .

(٣) ● أخرجه أحمد (١ /٣٩٨) عنه . قال : « نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة واحدة . قال أسود : قال شريك : قال سماك : الرجل يبيع البيع ، فيقول : هو بنساء بكذا وكذا ، وهو بنقد بكذا وكذا » .
قلت : فيه شريك وسماك بن حرب اختلطا في آخر عمرهما ، وفيه أيضاً عبد الرحمن . =

وأبي هريرة[1]، قال أبو عمر : وكلها من نقل العدول، فاتفق الفقهاء على القول بموجب هذا الحديث عمومًا، واختلفوا في التفصيل، أعني: في الصورة التي ينطلق عليها هذا الاسم من التي لا ينطلق عليها، واتفقوا أيضًا على بعضها، وذلك يتصور على وجوه ثلاثة : **أحدها** : إما في مثمونين بثمنين ، أو مثمون واحد بثمنين ، أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم . أما في مثمونين بثمنين ، فإن ذلك يتصور على وجهين : **أحدهما** : أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعني هذه الدار بثمن كذا ، **والثاني** : أن يقول له : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين . وأما بيع مثمون واحد بثمنين ، فإن ذلك يتصور أيضًا على وجهين : **أحدهما** : أن يكون أحد الثمنين نقدًا والآخر نسيئة ، مثل أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدًا بثمن كذا على أن أشتريه منك إلى أجل كذا بثمن كذا . وأما مثمونان بثمن واحد ، فمثل أن يقول له : أبيعك أحد هذين بثمن كذا .

فأما الوجه الأول : وهو أن يقول له : أبيعك هذه الدار بكذا على أن تبيعني هذا الغلام بكذا ، فنص الشافعي على أنه لا يجوز ؛ لأن الثمن في كليهما يكون مجهولا ؛ لأنه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذي

= ● وأخرجه أحمد (١/ ٣٩٣) عنه أنه قال : لا تصلح صفقتان في صفقة ، وأن رسول الله ﷺ قال : « لعن الله آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه » قلت : فيه عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود مدلس ، من مدلسي المرتبة الثالثة الذين لا يقبل حديثهم ؛ إلا إذا صرحوا بالسماع ، ولم يصرح بالسماع هنا .

قلت : جاء الحديث مرفوعاً في الأول وموقوفاً في الثاني . ونقل الحافظ في الدراية (٢/ ١٥٢) عن العقيلي أنه قال : الموقوف أصح .

قلت : والمتن ورد مرفوعاً من حديث أبي هريرة الآتي .

(١) أخرجه أحمد (٢/ ٤٣٢، ٤٧٥، ٥٠٣) ، والترمذي (٣/ ٥٣٣ رقم ١٢٣١) وقال : حسن صحيح ، والنسائي (٧/ ٢٩٥ -٢٩٦) ، وابن الجارود (رقم ٦٠٠) ، والبيهقي (٥/ ٣٤٣) وقد تقدم .

اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد . وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة إنما هو جهل الثمن أو المثمون .

وأما الوجه الثاني : وهو أن يقول : أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الأخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع ، وسواء كان النقد واحدًا أو مختلفًا ، وخالف عبد العزيز بن أبي سلمة في ذلك ، فأجازه إذا كان النقد واحدًا أو مختلفًا ، وعلة منعه عند الجميع الجهل ، وعند مالك من باب سد الذرائع ؛ لأنه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين ، فيكون قد باع ثوبًا ودينارًا بثوب ودينار ، وذلك لا يجوز على أصل مالك .

وأما الوجه الثالث : وهو أن يقول له : أبيعك هذا الثوب نقدًا بكذا أو نسيئة بكذا ، فهذا إذا كان البيع فيه واجبًا فلا خلاف في أنه لا يجوز ، وأما إذا لم يكن البيع لازمًا في أحدهما فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي ؛ لأنهما افترقا على ثمن غير معلوم ، وجعله مالك من باب الخيار ؛ لأنه إذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الآخر ، وهذا عند مالك هو المانع ، فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعي وأبي حنيفة من جهة جهل الثمن ، فهو عندهما من بيوع الغرر التي نهي عنها ، وعلة امتناعه عند مالك ؛ سد الذريعة الموجبة للربا لإمكان أن يكون الذي له الخيار ، قد اختار أولا إنفاذ العقد بأحد الثمنين المؤجل ، أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك ؛ فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثاني ، فكأنه باع أحد الثمنين بالثاني ، فيدخله ثمن بثمن نسيئة ، أو نسيئة ومتفاضلًا وهذا كله إذا كان الثمن نقدًا ، وإن كان الثمن غير نقد بل طعامًا دخله وجه آخر ، وهو بيع الطعام بالطعام متفاضلًا .
وأما إذا قال : أشتري منك هذا الثوب نقدًا بكذا على أن تبيعه مني إلى أجل ، فهو عندهم لا يجوز بإجماع؛ لأنه من باب العينة، وهو بيع الرجل ما ليس عنده، ويدخله أيضًا علة جهل الثمن . وأما إذا قال له : أبيعك أحد هذين الثوبين

بدينار ، وقد لزمه أحدهما أيهما اختار وافترقا قبل الخيار ، فإن كان الثوبان من صنفين ، وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما في الثاني فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز ، وقال عبد العزيز بن أبي سلمة : إنه يجوز ، وعلة المنع : الجهل والغرر . وأما إن كانا من صنف واحد ؛ فيجوز عند مالك ، ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي ، وأما مالك فإنه أجازَه ؛ لأنه يجيز الخيار بعد عقد البيع في الأصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك ، وأما من لا يجيزه فيعتبره بالغرر الذي لا يجوز ؛ لأنهما افترقا على بيع غير معلوم .

وبالجملة فالفقهاء متفقون على أن الغرر الكثير في المبيعات ، لا يجوز ، وأن القليل يجوز ويختلفون في أشياء من أنواع الغرر ، فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير ، وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح ؛ لترددها بين القليل والكثير ، فإذا قلنا بالجواز على مذهب مالك ، فقبض الثوبين من المشتري على أن يختار ، فهلك أحدهما أو أصابه عيب ، فمن يصيبه ذلك ؟ فقيل : تكون المصيبة بينهما ، وقيل : بل يضمنه كله المشتري ، إلا أن تقوم البينة على هلاكه ، وقيل : فرق في ذلك بين الثياب وما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه ، كالعبد ، فيضمن فيما يغاب عليه ولا يضمن فيما لا يغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقي ؟ قيل : يلزم ، وقيل : لا يلزم ، وهذا يذكر في أحكام البيوع .

وينبغي أن نعلم أن المسائل الداخلة في هذا المعنى هي : أما عند فقهاء الأمصار فمن باب الغرر ، وأما عند مالك فمنها : ما يكون عنده من باب ذرائع الربا ، ومنها : ما يكون من باب الغرر ، فهذه هي المسائل التي تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا ، وعن بيع وشرط ، فهو وإن كان سببه الغرر فالأشبه أن نذكرها في المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

فصل

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الأمصار فكثيرة ، لكن نذكر منها أشهرها ؛ لتكون كالقانون للمجتهد النَظَّار .

● **مسألة** .

المبيعات على نوعين : مبيع حاضر مرئيّ ، فهذا لا خلاف في بيعه ، ومبيع غائب أو متعذر الرؤية ، فهنا اختلف العلماء ، فقال قوم : بيع الغائب لا يجوز – بحال من الأحوال – لا ما وصف ، ولا ما لم يوصف ، وهذا أشهر قولي الشافعي ، وهو المنصوص عند أصحابه ، أعني : أن بيع الغائب على الصفة لا يجوز ، وقال مالك وأكثر أهل المدينة : يجوز بيع الغائب على الصفة ، إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته ، وقال أبو حنيفة : يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ، ثم له – إذا رآها – الخيار ، فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم : خيار الرؤية ، وإن جاء على الصفة ، وعند مالك : أنه إذا جاء على الصفة فهو لازم ، وعند الشافعي : لا ينعقد البيع أصلًا في الموضعين ، وقد قيل في المذهب : يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار – خيار – الرؤية ، وقع ذلك في المدونة ، وأنكره عبد الوهاب ، وقال : هو مخالف لأصولنا . وسبب الخلاف : هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس – هو جهل مؤثر في بيع الشيء ؛ فيكون من الغرر الكثير ، أم ليس بمؤثر وأنه من الغرر اليسير المعفوّ عنه ؟ فالشافعي رآه من الغرر الكثير ، ومالك رآه من الغرر اليسير ، وأما أبو حنيفة فإنه رأى أنه إذا كان له خيار الرؤية ، أنه لا غرر هناك وإن لم تكن له رؤية ، وأما مالك فرأى أن الجهل المقترن بعدم الصفة ؛ مؤثر في انعقاد البيع ، ولا خلاف عند

مالك أن الصفة إنما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره ، وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ، ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ، ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ، ولا الثوب المطويّ في طيه حتى ينشر أو ينظر إلى ما في جرابها . واحتج أبو حنيفة بما روي عن ابن المسيب أنه قال : قال أصحاب النبي ﷺ : وددنا أن عثمان بن عفان ، وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جدا في التجارة ، فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بأرض له أخرى بأربعين ألفًا أو أربعة آلاف ، فذكر تمام الخبر ، وفيه بيع الغائب مطلقًا ، ولا بد عند أبي حنيفة من اشتراط الجنس ، ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ما هو غائب غرر آخر ، وهو : هل هو موجود وقت العقد ، أو معدوم ؟ ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة ، إلا أن يكون مأمونا كالعقار ، ومن هٰـهنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة ، أعني : إذا كان من القرب بحيث يؤمن أن تتغير فيه فاعلمه .

• **مسألة .**

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع الأعيان إلى أجل ، وأن من شرطها تسليم المبيع إلى المبتاع بأثر عقد الصفقة ، إلا أن مالكًا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوا بيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ، ولم يجيزوا فيها النقد كما لو يجزه مالك في بيع الغائب ، وإنما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدَّين بالدَّين ، ومن عدم التسليم ، ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب ، أعني لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لا من باب الربا ، وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ، ومن هذا الباب ما كان يرى ابن القاسم : أنه لا يجوز أن يأخذ الرجل من غريمه – في دين له عليه – تمرًا قد بدا صلاحه ويراه من باب الدين بالدين ، وكان أشهب يجيز ذلك ويقول : إنما الدين بالدين ما لم يشرع في قبض شيء منه ، أعني : أنه كان يرى أن قبض الأوائل من الأثمان يقوم مقام قبض الأواخر ،

وهو القياس عند كثير من المالكيين ، وهو قول الشافعي وأبي حنيفة .

• مسألة .

أجمع فقهاء الأمصار على بيع التمر الذي يثمر بطنًا واحدًا ، يطيب بعضه وإن لم تطب جملته معا ، واختلفوا فيما يثمر بطونًا مختلفة ، وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لا تخلو أن تتصل أو لا تتصل ، فإن لم تتصل لم يكن بيع ، ما لم يخلق منها داخلًا فيما خلق ؛ كشجر التين : يوجد فيه الباكور والعصير ، ثم إن اتصلت فلا يخلو أن تتميز البطون أو لاتتميز ، فمثال المتميز : جزّ القصيل الذي يُجَزُّ مدة بعد مدة . ومثال غير المتميز : المباطخ ، والمقاثئ ، والباذنجان ، والقرع ، ففي الذي يتميز عنه وينفصل روايتان : إحداهما : الجواز والأخرى : المنع . وفي الذي يتصل ولا يتميز قول واحد وهو الجواز ، وخالفه الكوفيون ، وأحمد ، وإسحاق ، والشافعي في هذا كله ، فقالوا : لا يجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر . وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لا يمكن حبس أوله على آخره ، فجاز أن يباع ما لم يخلق منها مع ما خلق وبدا صلاحه ، أصله جواز بيع ما لم يطب من الثمر مع ما طاب ؛ لأن الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء ، وكأنه رأى أن الرخصة هـٰهنا يجب أن تقاس على الرخصة في بيع الثمار ، أعني : ما طاب مع ما لم يطب لموضع الضرورة ، والأصل عنده أن من الغرر ما يجوز لموضع الضرورة ، ولذلك منع على إحدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنًا أكثر من واحد ؛ لأنه لا ضرورة هناك إذا كان متميزًا . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهًا له بما لا يتميز وهو ضعيف .

وأما الجمهور فإن هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ، ومن باب النهي عن بيع الثمار معاومة . واللفت ، والجزر ، والكرنب جائز عن مالك بيعه إذا بدا صلاحه ، وهو استحقاقه للأكل ، ولم يجزه الشافعي إلا مقلوعًا ؛ لأنه من باب بيع المغيب ، ومن هذا الباب : بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره ، أجازه

مالك ، ومنعه الشافعي .

والسبب في اختلافهم : هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر ؟ وذلك أنهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين ، وأن غير المؤثر هو اليسير ، أو الذي تدعو إليه الضرورة ، أو ما جمَع الأمرين . ومن هذا الباب : بيع السمك في الغدير أو البركة . اختلفوا فيه أيضًا ، فقال أبو حنيفة : يجوز ، ومنعه مالك والشافعي فيما أحسب ، وهو الذي تقتضي أصوله . ومن ذلك بيع الآبق : أجازه قوم بإطلاق ، ومنعه قوم بإطلاق ، ومنهم الشافعي ، وقال مالك : إذا كان معلوم الصفة ، معلوم الموضع عند البائع والمشتري ؛ جاز ، وأظنه اشترط أن يكون معلوم الإباق ، ويتواضعان الثمن ، أعني : أنه لا يقبضه البائع حتى يقبضه المشتري ؛ لأنه يتردد عند العقد بين بيع وسلف ، وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون ، وفيما كان من هذا الجنس . وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد : عثمان البتي . والحجة للشافعي حديث شهر بن حوشب ، عن أبي سعيد الخدري[1] « أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع ، وعن شراء ما في ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم » وأجاز مالك بيع لبن الغنم أيامًا معدودة ، إذا كان ما يحلب منها معروفًا في العادة ، ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة ، وقال سائر الفقهاء : لا يجوز ذلك إلا بكيل معلوم بعد الحلب . ومن هذا الباب منع مالك بيع اللحم في جلده . ومن هذا الباب : بيع المريض ، أجازه مالك إلا أن يكون ميئوسا منه ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، وهي رواية أخرى

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦ /١٣١) ، وأحمد (٣ /٤٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٠ رقم ٢١٩٦) ، وأبو يعلى (٢ /٣٤٥ رقم ١١٩ /١٠٩٣) ، والدارقطني (٣ /١٥ رقم ٤٤) ، والبيهقي (٥ /٣٣٨) .

وهو حديث ضعيف . وقد تقدم الكلام عليه في الباب الثالث : البيوع المنهي عنها .

عنه ، ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصواغين ، فأجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ، و لم يجز بيع تراب الصاغة ، ومنع الشافعي البيع في الأمرين جميعًا ، وأجازه قوم في الأمرين جميعًا ، وبه قال الحسن البصري ، فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفية . وأما اعتبار الكمية فإنهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح ، إلا أن يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى ، واتفقوا على أن العلم الذي يكون بهذه الأشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة ؛ مؤثر في صحة البيع ، وفي كل ما كان غير معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الأشياء المكيلة والموزونة ، والمعدودة ، والممسوحة ، وأن العلم بمقادير هذه الأشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف ، يجوز في أشياء ويمنع في أشياء . وأصل مذهب مالك في ذلك أنه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاد ، وهو عنده على أصناف : منها ما أصله الكيل ، ويجوز جزافًا، وهي المكيلات والموزونات ، ومنها ما أصله الجزاف ، ويكون مكيلًا ، وهي الممسوحات : كالأرضين والثياب ، ومنها ما لايجوز فيها التقدير أصلًا بالكيل والوزن ، بل إنما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافًا ، وهي كما قلنا : التي المقصود منها آحاد أعيانها . وعند مالك أن التبر والفضة غير المسكوكين ؛ يجوز بيعهما جزافًا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ويكره . ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل ، أي : كل كيل منها بكذا ، فما كان فيها من الأكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها ، وقال أبو حنيفة : لا يلزم إلا في كيل واحد ، وهو الذي سمياه . ويجوز هذا البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ، ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد . ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب ، للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق المشتري البائع في كيلها ، إذا لم يكن البيع نسيئة ؛

لأنه يتهمه أن يكون صدقه ليُنظره بالثمن ، وعند غيره لا يجوز ذلك حتى يكتالها المشتري ، لنهيه ﷺ عن بيع الطعام حتى تجري فيه الصيعان[1] ، وأجازه قوم على الإطلاق ، وممن منعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، وممن أجازه بإطلاق عطاء ابن أبي رباح وابن أبي مليكة ، ولا يجوز عند مالك أن يعلم البائع الكيل ، ويبيع المكيل جزافًا ممن يجهل الكيل ، ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة . والمزابنة المنهي عنها : هي عند مالك[2] من هذا الباب ، وهي بيع مجهول الكميّة بمجهول

---

(١) أخرج ابن ماجه (٢ /٧٥٠ رقم ٢٢٢٨) ، والدارقطني (٣ /٨ رقم ٢٤) ، والبيهقي (٥ /٣١٦) .
عن جابر ، قال : « نهى رسول الله ﷺ : عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع ، وصاعُ المشتري » .
قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /١٦ رقم ٧٨٧) : « هذا إسناد ضعيف لضعف محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى أبو عبد الرحمن الأنصاري رواه عبد بن حميد في مسنده عن عبيد الله بن موسى به ، ورواه الدارقطني في سننه من طريق عبيد الله ابن موسى ، عن محمد بن أبي ليلى به ، ورواه البيهقي في سننه من طريق الدارقطني بإسناده ومتنه .
وله شاهد من حديث ابن عباس ، وابن عمر ، رواهما الشيخان وغيرهما » اهـ .
قلت : فالحديث حسن . وقد حسنه الألباني في صحيح ابن ماجه .

(٢) قلت : ورد النهي عن المزابنة من حديث أبي هريرة ، وابن عمر ، وابن عباس ، وجابر ، وزيد بن ثابت ، ورافع بن خديج ، وسهل بن أبي حثمة ، وأبي سعيد الخدري ، وسعد بن أبي وقاص ، وأنس بن مالك ، ورجل من الصحابة .
● أما حديث أبي هريرة ، فقد أخرجه مسلم (٣ /١١٧٩ رقم (١٠٤ /١٥٤٥) ، والترمذي (٣ /٥٢٧ رقم ١٢٢٤) ، وأحمد (٢ /٣٩٢، ٤١٩، ٤٨٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٣) ، عنه . قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة » .
● وحديث ابن عمر ، أخرجه البخاري (٤ /٣٨٤ رقم ٢١٨٥) ، ومسلم (٣ /١١٧١ رقم ٧٢ /١٥٤٢) ، وأبو داود (٣ /٦٥٨ رقم ٣٣٦١) ، =

الكميّة ، وذلك . أما في الربويات فلموضع التفاضل ، وأما في غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

= والنسائي (٧ /٢٦٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٦١ رقم ٢٢٦٥) ، وأحمد (٢ /٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٣) عنه . « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة». والمزابنة بيع الثمر بالتمر كيلاً ، وبيع الكرم بالزبيب كيلاً .

● وحديث ابن عباس ، أخرجه البخاري (٤ /٣٨٤ رقم ٢١٨٧) ، وأحمد (١ /٢٢٤) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٣) ، عنه ، قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمزابنة » .

● وحديث جابر ، أخرجه البخاري (٥ /٥٠ رقم ٢٣٨١) ، ومسلم (٣ /١١٧٤ رقم ٨١ /١٥٣٦) ، والترمذي (٣ /٥٨٥ رقم ١٢٩٠) و (٣ /٦٠٥ رقم ١٣١٣) ، والنسائي (٧ /٢٦٣ -٢٦٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٢ رقم ٢٢٦٦) ، وابن الجارود (رقم ٥٩٨) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٢٩، ٣٣) ، وأحمد (٣ /٣١٣، ٣٥٦، ٣٦٠، ٣٩١، ٣٩٢) ، والطيالسي (صـ٢٤٦ رقم ١٧٨٢) ، وأبو نعيم في الحلية (٧ /٣٣٤) . عنه ، قال : « نهى النبي ﷺ على المخابرة والمحاقلة ، وعن المزابنة ، وعن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، وأن لا تباع إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا » واللفظ للبخاري . وله عند مسلم والباقين ألفاظ كثيرة بالزيادة والنقص ، وفي بعضها التفسير للمحاقلة والمزابنة وغيرها .

وانظر تخريج أحاديث الصحابة الباقين في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء البيوع .

○ الباب الرابع ○

[في بيوع الشروط والثنيا]

وهذه البيوع : الفساد الذي يكون فيها هو راجع إلى الفساد الذي يكون من قبل الغرر ، ولكن لما تضمنها النص ؛ وجب أن تجعل قسمًا من أقسام البيوع الفاسدة على حدة . والأصل في اختلاف الناس في هذا الباب ثلاثة أحاديث :

أحدها : حديث جابر[1] قال : « ابتاع مني رسول الله ﷺ بعيرًا وشرط ظهره إلى المدينة » وهذا الحديث في الصحيح .

والحديث الثاني : حديث بريرة[2] أن رسول الله ﷺ قال : « كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ في كِتابِ اللّهِ فَهُوَ باطِلٌ وَلَوْ كانَ مائَةَ شَرْطٍ » والحديث متفق على صحته .[3]

والثالث : حديث جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة ،

---

(١) أخرجه البخاري (٥ /٣١٤ رقم ٢٧١٨) ، ومسلم (٣ /١٢٢١ رقم ١٠٩ / ٧١٥) . ولفظه : عن جابر : « أنه كان يسير على جمل له قد أعيا ، فأراد أن يُسيِّبه قال : ولحقني النبي ﷺ فدعا لي وضربَه ، فسار سيراً لم يسر مثله ، فقال : بعنيه فقلت : لا ، ثم قال : بعنيه ، فبعته وشرطت ظهره إلى المدينة » .

(٢) أخرجه البخاري (٤ /٣٧٦ رقم ٢١٦٨) ، ومسلم (٢ /١١٤٢ رقم ٨ /١٥٠٤) ، وأبو داود (٤ /٢٤٥ -٢٤٩ رقم ٣٩٢٩ و ٣٩٣٠) ، والترمذي (٤ /٤٣٦ رقم ٢١٢٤) و (٤ /٤٣٧ رقم ٢١٢٥) ، والنسائي (٦ /١٦٤) ، وأحمد (٦ /٣٣ ، ١٧٠ ، ١٨٠ ، ٢٧١ ، ٢٧٢) ومالك (٢ /٧٨٠ رقم ١٧) وغيرهم . بألفاظ متعددة من حديث عائشة .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما كما تقدم آنفاً .

والمزابنة ، والمخابرة ، والمعاومة ، والثُّنيا ، ورخص في العرايا » وهو أيضًا في الصحيح خرجه مسلم[1] ومن هذا الباب ما روي عن أبي حنيفة أنه روى « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع وشرط »[2] فاختلف العلماء ؛ لتعارض هذه الأحاديث في بيع وشرط ، فقال قوم : البيع فاسد والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو حنيفة ، وقال قوم : البيع جائز والشرط جائز ، وممن قال بهذا القول ابن أبي شُبْرمة ، وقال قوم : البيع جائز والشرط باطل ، وممن قال بهذا القول ابن أبي ليلى ، وقال أحمد : البيع جائز مع شرط واحد ، وأما مع شرطين فلا ، فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ، ولعموم نهيه عن الثُّنيا[3] ، ومن أجازهما جميعًا أخذ بحديث عمر الذي ذكر فيه البيع والشرط ، ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ، ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص . خرجه أبو داود[4] قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، ولا يَجوز شَرْطان في بَيْعٍ ، ولا رِبْحُ ما لَمْ تَضْمَنْ ، ولا بَيْعُ ما لَيس هُوَ عِنْدَكَ » . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام : شروط تبطل هي والبيع معًا ، وشروط تجوز هي والبيع معًا ، وشروط تبطل ويثبت البيع ، وقد يظن أن عنده قسما رابعًا وهو أن من الشروط ما إن

---

(١) في صحيحه (٣ /١٧٥ رقم ٨٥ /١٥٣٦) .
قلت : واللفظ المذكور هو بعض ألفاظه عند مسلم ، وأصله عند البخاري وجماعة . كما تقدم قريباً . في طرق النهي عن المزابنة .

(٢) تقدم تخريجه في الباب الثالث : في البيوع المنهي عنها .

(٣) تقدم ذلك في حديث جابر عند مسلم (٣ /١١٧٥) رقم (٨٥ /١٥٣٦) وغيره وهو عند الترمذي (٣ /٥٨٥ رقم ١٢٩٠) ، والنسائي (٧ /٢٩٦) بلفظ « نهى عن المحاقلة والمزابنة والثنيا إلا أن تُعلم » .
وقال الترمذي : حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه .

(٤) تقدم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، لا عمرو بن العاص .

تمسك المشترط بشرطه بطل البيع ، وإن تركه جاز البيع ، وإعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الأصناف الأربعة عسير ، وقد رام ذلك كثير من الفقهاء ، وإنما هي راجعة إلى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفي الفساد الذي يخل بصحة البيوع ، وهما الربا والغرر وإلى قلته وإلى التوسط بين ذلك ، أو إلى ما يفيد نقصًا في الملك فما كان دخول هذه الأشياء فيه كثيرًا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط ، وما كان قليلًا أجازه وأجاز الشرط فيها ، وما كان متوسطًا أبطل الشرط وأجاز البيع ، ويرى أصحابه أن مذهبه هو أولى المذاهب ، إذ بمذهبه تجتمع الأحاديث كلها ، والجمع عندهم أحسن من الترجيح ، وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة ، وأحد من له ذلك جدي والمازري والباجي ، وتفصيله في ذلك أن قال : إن الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين :

أحدهما : أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الأمة أو العبد ، ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشتري ، فمثل هذا قالوا : يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة .

والقسم الثاني : أن يشترط عليه شرطًا يقع في مدة الملك ، وهذا قالوا : ينقسم إلى ثلاثة أقسام : إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه ، وإما أن يشترط على المشتري منعًا من تصرف عام أو خاص ، وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع ، وهذا أيضا ينقسم إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون معنى من معاني البر .

والثاني : أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء .

فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في أصل المبيع ، مثل أن يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر ، وقيل : السنة ، فذلك جائز على حديث جابر . وإما أن يشترط منعًا من تصرف خاص أو عام ، فذلك لا يجوز لأنه من الثنيا ، مثل أن يبيع الأمة على أن لا يطأها أو لا يبيعها ، وإما

أن يشترط معنى من معاني البر مثل العتق ، فإن كان اشترط تعجيله ؛ جاز عنده ، وإن تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعي على أن من قوله منع بيع وشرط، وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ، لأن في بعض رواياته « أنه باعَهُ واشترطَ ظَهْرَهُ إلى المَدِيَنة »[1] وفي بعضها « أنه أعَارَهُ ظهرَهُ إلى المدينةِ »[2] ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فأجازه في المدة القليلة و لم يجزه في الكثيرة . وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك . وأما

---

(١) تقدم قريباً من حديث جابر .

(٢) أخرج النسائي (٧ /٢٩٩ رقم ٤٦٤٠) .

عن جابر قال : « أدركني رسول الله ﷺ وكنت على ناضح لنا سَوْء ، فقلت : لا يزال لنا ناضح سَوْء ، يا لهفاه ، فقال النبي ﷺ : تبعنيه يا جابر ؟ قلت : بل هو لك يا رسول الله . قال : اللهم اغفر له ، اللهم ارحمه ، قد أخذته بكذا وكذا ، وقد أعرتك ظهره إلى المدينة .. » الحديث .

وقال البخاري في صحيحه (٥ /٣١٤) : الاشتراط أكثر وأصحُّ عندي . قلت : وهو الواقع فمن نظر في طرقه وتدبر معاني ألفاظ رواته وجد الأمر كما قال البخاري .

● فقد أخرج البخاري (٥ /٣١٤ رقم ٢٧١٨) ، ومسلم (٣ /١٢٢١ رقم ١٠٩ /٧١٥) ، وأبو داود (٣ /٧٧٥ رقم ٣٥٠٥) ، والترمذي (٣ /٥٥٤ رقم ١٢٥٣) ، والنسائي (٧ /٢٩٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٤١) ، وأحمد (٣ /٢٩٩) ، والبيهقي (٥ /٣٣٧) .

من طريق زكريا ، عن الشعبي عن جابر بذكر الاشتراط .

● وأخرج البخاري (٦ /١٢١ رقم ٢٩٦٧) ، ومسلم (٣ /٢٢١ رقم ١١٠ /٧١٥) ، والبيهقي (٥ /٣٣٧) .

من طريق جرير عن المغيرة عنِ الشعبي عن جابر ، وفيه : « قال : فبعته إياه على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة » .

● وأخرج مسلم (٣ /١٢٢٣ رقم ١١٣ /٧١٥) ، والبيهقي (٥ /٣٣٧) من طريق حماد عن أيوب عن أبي الزبير ، عن جابر ، وفيه : « فبعته منه بخمس أواق ، قال : قلت : على أن لي ظهره إلى المدينة . قال : ولك ظهره إلى المدينة » .

قلت : وبعد هذا لم يبق في الحديث اضطراب . والله أعلم .

إن اشترط معنى في المبيع ليس ببرّ مثل أن لا يبيعها ، فذلك لا يجوز عند مالك ، وقيل : عنه البيع مفسوخ ، وقيل : بل يبطل الشرط فقط . وأما من قال له البائع : متى جئتك بالثمن رددت عليّ المبيع فإنه لا يجوز عند مالك ؛ لأنه يكون مترددًا بين البيع والسلف ، إن جاء بالثمن كان سلفًا ، وإن لم يجئ كان بيعا .

واختلف في المذهب : هل يجوز ذلك في الإقالة أم لا ؟ فمن رأى أن الإقالة بيع ، فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ، ومن رأى أنها فسخ ، فرق بينها وبين البيوع . واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط أن لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن ، فقيل عن مالك يجوز ذلك ؛ لأن حكمه حكم الرهن ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره ، وقيل عن ابن القاسم : لا يجوز ذلك ، لأنه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة ، التي لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها ، فوجب أن يمنع صحة البيع ، ولذلك قال ابن المواز : إنه جائز في الأمد القصير . ومن المسموع في هذا الباب نهيه ﷺ عن بيع وسلف[1]. اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة ، واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، فمنعه أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء ، وأجازه مالك وأصحابه إلا محمد بن عبد الحكم ، وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور ، وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي عنه مع أن الثمن يكون في المبيع مجهولًا ؛ لاقتران السلف به . وقد روى أن محمد بن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل ابن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع ، وبين رجل باع غلامًا بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال : أنا أدع الزق ، قال : وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فأجاب إسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة ، وهو أن قال له : الفرق بينهما أن مشترط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه ، وليس كذلك مسألة زق الخمر ، وهذا الجواب هو نفس الشيء الذي طولب

(١) تقدم تخريجه .

فيه بالفرق ، وذلك أنه يقال له : لم كان هنا مخيرًا ولم يكن هنالك مخيرًا في أن يترك الزق ويصح البيع ، والأشبه أن يقال إن التحريم هٰـهنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف ؛ لأن السلف مباح ، وإنما وقع التحريم من أجل الاقتران ، أعني : اقتران البيع به ، وكذلك البيع في نفسه جائز ، وإنما امتنع من قبل اقتران الشرط به ، وهنالك إنما امتنع البيع من أجل اقتران شيء محرّم لعينه به ، لا أنه شيء محرم من قبل الشرط . ونكتة المسألة هل إذا لحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد إذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع ، كما لا يرتفع الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به ؟ وهذا أيضًا ينبني على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي أو معقول ؟ فإن قلنا : حكمي ؛ لم يرتفع بارتفاع الشرط ، وإن قلنا : معقول ؛ ارتفع بارتفاع الشرط ، فمالك رآه معقولًا ، والجمهور رأوه غير معقول . والفساد الذي يوجد في بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ؛ ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلًا ، وإن ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر .

واختلفوا في حكمه إذا وقع على ما سيأتي في أحكام البيوع الفاسدة .

ومن هذا الباب بيع العربان ، فجمهور علماء الأمصار على أنه غير جائز ، وحكي عن قوم من التابعين أنهم أجازوه ، منهم مجاهد ، وابن سيرين ، ونافع بن الحارث ، وزيد بن أسلم . وصورته : أن يشتري الرجل شيئًا فيدفع إلى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئًا على أنه إن نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة ، وإن لم ينفذ ، ترك المشتري بذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به ، وإنما صار الجمهور إلى منعه ؛ لأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض ، وكان زيد يقول : أجازه رسول الله ﷺ . وقال أهل الحديث : ذلك غير معروف عن رسول الله ﷺ . وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها ، أعني : هل تدخل تحت النهي عن الثُّنيا ، أم ليست تدخل ؟

فمن ذلك أن يبيع الرجل حاملًا ويستثني ما في بطنها ، فجمهور فقهاء الأمصار ، مالك وأبو حنيفة والشافعي ، والثوري ، على أنه لا يجوز ، وقال أحمد وأبو ثور وداود : ذلك جائز ، وهو مروي عن ابن عمر .

وسبب الخلاف : هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه ، أم ليس بمبيع وإنما هو باق على ملك البائع ؟ فمن قال : مبيع ؛ قال : لا يجوز وهو من الثنيا المنهي عنها، لما فيها من الجهل بصفته ، وقلة الثقة بسلامة خروجه ، ومن قال : هو باق على ملك البائع ؛ أجاز ذلك ، وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانًا واستثنى بعضه أن ذلك البعض لا يخلو أن يكون شائعًا أو معينًا أو مقدرًا ، فإن كان شائعًا فلا خلاف في جوازه مثل أن يبيع عبدًا إلا ربعه . وأما إن كان معينًا فلا يخلو أن يكون مغيبًا مثل الجنين ، أو يكون غير مغيب ، فإن كان مغيبًا فلا يجوز ، وإن كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل ، فلا يخلو الحيوان أن يكون مما يستباح ذبحه أو لا يكون ، فإن كان مما لا يستباح ذبحه فإنه لا يجوز ؛ لأنه لا يجوز أن يبيع أحد غلامًا ويستثنى رجله ؛ لأن حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لا خلاف فيه ، وإن كان الحيوان مما يستباح ذبحه ، فإن باعه واستثنى منه عضوًا له قيمة بشرط الذبح ، ففي المذهب فيه قولان :

أحدهما : أنه لا يجوز وهو المشهور .

والثاني : يجوز ، وهو قول ابن حبيب ، جوز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما إذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف في جوازه في المذهب ، ووجه قول مالك إنه إن كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وإن كان لم يستثنه بجلده فإنه لا يدرى بأي صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه . ووجه قول ابن حبيب أنه استثنى عضوًا معينًا معلومًا ، فلم يضره ما عليه من الجلد . أصله شراء الحب في سنبله والجوز في قشره . وأما إن كان المستثنى من الحيوان

بشرط الذبح إما عرفًا وإما ملفوظًا به جزءًا مقدرًا مثل أرطال من جزور ، فعن مالك في ذلك روايتان :

إحداهما : المنع ، وهي رواية ابن وهب .

والثانية : الإجازة في الأرطال اليسيرة فقط ، وهي رواية ابن القاسم .

وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطة واستثناء نخلات معينات منه ؛ قياسًا على جواز شرائها . واتفقوا على أنه لا يجوز أن يستثني من حائط له عدة نخلات غير معينات إلا بتعيين المشتري لها بعد البيع ؛ لأنه بيع ما لم يره المتبايعان ، واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ، ويستثني منه عدة نخلات بعد البيع ، فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل ، وروي عن مالك إجازته ، ومنع ابن القاسم قوله في النخلات وأجازه في استثناء الغنم . وكذلك اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على أن يعينها بعد الشراء المشتري ، فأجازه مالك ومنعه ابن القاسم .

وكذلك اختلفوا إذا استثنى البائع مكيله من حائط ، قال أبو عمر بن عبد البر : فمنع ذلك فقهاء الأمصار الذين تدور الفتوى عليهم ، وألفت الكتاب على مذاهبهم لنهيه ﷺ عن الثنيا في البيع[1] ؛ لأنه استثناء مكيل من جزاف ، وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فإنهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه ، وحملوا النهي على الثنيا على ما فوق الثلث ، وشبهوا بيع ما عدا المستثنى ببيع الصبرة التي لا يعلم مبلغ كيلها فتباع جزافًا ويستثنى منها كيل مّا ، وهذا الأصل أيضًا مختلف فيه ، أعني إذا استثنى منها كيل معلوم .

واختلف العلماء من هذا الباب في بيع وإجارة معا في عقد واحد ، فأجازه مالك وأصحابه ، ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعي ؛ لأن الثمن يرون أنه يكون حينئذ

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

مجهولًا ، ومالك يقول : إذا كانت الإجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولًا ، وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على أنه لا يجوز السلف أو البيع كما قلنا . واختلف قول مالك في إجازة السلف والشركة ، فمرة أجاز ذلك ، ومرة منعه ، وهذه كلها اختلف العلماء فيها ؛ لاختلافها بالأقل والأكثر في وجود علل المنع فيها المنصوص عليها ، فمن قويت عنده علة المنع في مسألة منها منعها ، ومن لم تقو عنده أجازها ، وذلك راجع إلى ذوق المجتهد ؛ لأن هذه الموادّ يتجاذب القول فيها إلى الضدين على السواء عند النظر فيها ، ولعل في أمثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابًا ، ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل إلى التخيير .

○ الباب الخامس ○

[في البيوع المنهي عنها من أجل الضرر أو الغبن]

والمسموع من هذا الباب ما ثبت من نهيه ﷺ عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه ، وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ، ونهيه عن تلقي الركبان ، ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ؛ ونهيه عن النجش[1]. وقد اختلف العلماء في تفصيل

---

(١) ● أخرج البخاري (٤ /٣٥٣ رقم ٢١٤٠) و (٤ /٣٦١ رقم٢١٥٠) ، ومسلم (٣ /١١٥٥ رقم ١٢ /١٥١٥) واللفظ له .

من حديث أبي هريرة : « أن رسول الله ﷺ نهى عن التَلَقي للرُّكْبَان ، وأن يبيع حاضر لباد ، وأن تسأل المرأة طلاق أختهَا ، وعن النجش ، والتصرية ، وأن يستام الرجل على سَوْم أخيه » .

● وأخرج البخاري (٩ /١٩٨ رقم ٥١٤٢) ، ومسلم (٣ /١١٥٤ رقم ٨ /١٤١٢) واللفظ له .

من حديث ابن عمر ، عن النبي ﷺ قال : « لا يبع الرجل على بيع أخيه ، ولا يخطب على خِطبة أخيه إلا أن يأذن له » .

● وأخرج البخاري (٤ /٣٥٥ رقم ٢١٤٢) ، ومسلم (٣ /١١٥٦ رقم ١٣ /١٥١٦) .

من حديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ نهى عن النَّجش » .

● وأخرج البخاري (٤ /٣٥٣ رقم ٢١٤٠) ، ومسلم (٣ /١١٥٥ رقم ١١ /١٥١٥) .

من حديث أبي هريرة : « أن النبي ﷺ نهى أن يبيع حاضر لباد وأن تناجشوا » .

● وأخرج البخاري (٤ /٣٧٠ رقم ٢١٥٨) ، ومسلم (٣ /١١٥٧ رقم ١٩ /١٥٢١) .

من حديث ابن عباس قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تُتلقَّى الرُّكبان ، وأن يبيع =

معاني هذه الآثار اختلافًا ليس بمتباعد ، فقال مالك : معنى قوله ﷺ : « لا يبع بعضكم على بيع بعض » . ومعنى نهيه عن أن يسوم أحد على سوم أخيه واحد ، وهي في الحالة التي إذا ركن البائع فيها إلى السائم ، ولم يبق بينهما إلا شيء يسير مثل اختيار الذهب ، أو اشتراط العيوب أو البراءة منها ، وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث . وقال الثوري معنى : « لا يبع بعضكم على بيع بعض » أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندي خير من هذه السلعة ، ولم يحدّ وقت ركون ولا غيره . وقال الشافعي : معنى ذلك إذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فأتى أحد يعرض عليه سلعة له هي خير منها ، وهذا بناء على مذهبه في أنّ البيع إنما يلزم بالافتراق ، فهو ومالك متفقان على أن النهي إنما يتناول حالة قرب لزوم البيع ، ومختلفان في هذه الحالة ما هي لاختلافهما فيما به يكون اللزوم في البيع على ما سنذكره بعد ، وفقهاء الأمصار على أن هذا البيع يكره ، وإن وقع مضى ؛ لأنه سوم على بيع لم يتم ، وقال داود وأصحابه : إن وقع فسخ في أي حالة وقع تمسكًا بالعموم ، وروي عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت ، وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال : وإنما قال بذلك مالك في النكاح ، وقد تقدم ذلك . واختلفوا في دخول الذمي في النهي عن سوم أحد على سوم غيره ، فقال الجمهور : لا فرق في ذلك بين الذمي وغيره ، وقال الأوزاعي : لا بأس بالسوم على سوم الذمي ؛ لأنه ليس بأخي المسلم ، وقد قال ﷺ : « لا يَسُمْ أَحَدٌ عَلى سَوْمِ أخيهِ » . ومن هٰهنا منع قوم بيع المزايدة وإن كان الجمهور على جوازه .

وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهي على الكراهة ، أو على الحظر ، ثم إذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الأحوال ، أو في حالة دون حالة ؟ .

= حاضر لباد ، فقلت لابن عباس : ما قوله حاضر لباد ؟ قال : لا يكون له سِمساراً » .
قلت : وفي الباب عن غير هؤلاء رحمهم الله تعالى .

فصل

وأما نهيه عن تلقي الركبان للبيع ، فاختلفوا في مفهوم النهي ما هو ، فرأى مالك أن المقصود بذلك أهل الأسواق لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة ، دون أهل الأسواق ، ورأى أنه لا يجوز أن يشترى أحد سلعة حتى تدخل السوق هذا إذا كان التلقي قريبًا ، فإن كان بعيدًا فلا بأس به ، وحدّ القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ، ورأى أنه إذا وقع جاز ، ولكن يشرك المشتري أهل الأسواق في تلك السلعة التي من شأنها أن يكون ذلك سوقها . وأما الشافعي فقال إن المقصود بالنهي إنما هو لأجل البائع لئلا يغبنه المتلقي ؛ لأن البائع يجهل سعر البلد ، وكان يقول : إذا وقع فربّ السلعة بالخيار إن شاء أنفذ البيع أو رده . ومذهب الشافعي هو نص في حديث أبي هريرة الثابت عن رسول الله ﷺ أنه قال ﷺ : «لا تَتَلَقَّوُا الجَلَبَ ، فَمَنْ تَلَقَّى مِنْهُ شَيْئًا فاشْتَرَاهُ فَصَاحِبُهُ بالخيارِ إذَا أَتَى السوقَ » خرجه مسلم[1] وغيره .

---

(١) في صحيحه (٣ /١١٥٧ رقم ١٧ /١٥١٩) .
قلت : وأخرجه أحمد (٢ /٤٨٧ –٤٨٨) ، وأبو داود (٣ /٧١٨ رقم ٣٤٣٧) ، والترمذي (٣ /٥٢٤ رقم ١٢٢١) ، والنسائي (٧ /٢٥٧) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٥ رقم ٢١٧٨) والبيهقي (٥ /٣٤٨) وغيرهم .
وهو عند البخاري (٤ /٣٧٣ رقم ٢١٦٢) مختصراً بلفظ : « نهى النبي ﷺ عن التلقي ، وأن يبيع حاضر لباد » .
(وفي الباب) :
● عن ابن مسعود قال : « نهى النبي ﷺ عن تلقي البيوع » أخرجه البخاري (٤ /٣٧٣ رقم ٢١٦٤) ، ومسلم (٣ /١١٥٦ رقم ١٥ /١٥١٨) .
● وعن ابن عُمر « أن رسول الله ﷺ نهى أن تتلقى السلع حتى تبلغ الأسواق » . =

فصل

وأما نهيه ﷺ عن بيع الحاضر للباد[1] ، فاختلف العلماء في معنى ذلك ، فقال قوم : لا يبع أهل الحضر لأهل البادية قولًا واحدًا . واختلف عنه في شراء الحضري للبدوي ، فمرة أجازه ، وبه قال ابن حبيب ، ومرة منعه ، وأهل الحضر عنده هم الأمصار ، وقد قيل عنه : إنه لا يجوز أن يبيع أهل القرى لأهل العمود المنتقلين ، وبمثل قول مالك قال الشافعي والأوزعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس أن يبيع الحاضر للبادي ويخبره بالسعر ، وكرهه مالك ، أعني أن يخبر الحضري البادي بالسعر ، وأجازه الأوزاعي . والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهي هو إرفاق أهل الحضر ؛ لأن الأشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة ، وهي عندهم أرخص ، بل أكثر ما يكون مجانًا عندهم أي : بغير ثمن ، فكأنهم رأوا أنه يكره أن ينصح الحضري للبدوي ، وهذا مناقض لقوله ﷺ : « الدِّينُ النَّصِيحَةُ »[2]. وبهذا تمسك في جوازه أبو حنيفة .

= أخرجه البخاري (٤ /٣٧٥ رقم ٢١٦٦ و ٢١٦٧) ، ومسلم (٣ /١١٥٦ رقم ١٤ /١٥١٧) ، واللفظ لمسلم .

● وعن ابن عمر أيضًا ، أن رسول الله ﷺ قال : « لا يبيعُ بعضُكم على بيعِ بعضٍ ، ولا تلقَّوا السِّلَعَ حتى يُهبَطَ بها إلى السوق » .

أخرجه البخاري (٤ /٣٧٣ رقم ٢١٦٥) .

(١) تقدم قريباً .

(٢) ● أخرجه أحمد (٤ /١٠٢) ، ومسلم (١ /٧٤ رقم ٩٥ /٥٥) ، وأبو داود (٥ /٢٣٣ -٢٣٤) رقم (٤٩٤٤) ، والنسائي (٧ /١٥٦) .

من حديث تميم الداري . أن النبي ﷺ قال : « الدين النصيحة . قالوا : لمن يا رسول الله ؟ قال : لله ، ولكتابه ، ولنبيه ، ولأئمة المسلمين وعامتهم » . =

وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم[1] وأبو داود[2] قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يَبِعْ حاضِرٌ لِباد ، ذَرُوا النَّاسَ يَرْزُقُ اللّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بِعضٍ » . وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب[3] ، والأشبه أن يكون من باب غبن البدوي ؛ لأنه يرد والسعر مجهول عنده ، إلا أن تثبت هذه الزيادة ، ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهي عن تلقي الركبان على ما تأوله الشافعي وجاء في الحديث الثابت . واختلفوا إذا وقع ؛ فقال الشافعي : إذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله ﷺ : « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »[4] . واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك ، فقال بعضهم : يفسخ ، وقال بعضهم : لا يفسخ .

= ● وأخرجه أحمد (٢ / ٢٩٧) ، والترمذي (٤ / ٣٢٤ رقم ١٩٢٦) ، والنسائي (٧ /١٥٧) ، وأبو نعيم في الحلية (٦ /٢٤٢) . من حديث أبي هريرة مثله .
وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(١) في صحيحه (٣ /١١٥٧ رقم ٢٠ /١٥٢٢) .
(٢) في السنن (٣ /٧٢١ رقم ٣٤٤٢) .
قلت : وأخرجه أحمد (٣ /٣٠٧ ، ٣١٢ ، ٣٨٦ ، ٣٩٢) ، والترمذي (٣ /٥٢٦ رقم ١٢٢٣) ، والنسائي (٧ /٢٥٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٤ رقم ٢١٧٦) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١ /٤١٠ رقم ٧٠٦) ، والبيهقي (٥ /٣٤٦) كلهم من حديث جابر .
(٣) قلت : ليس كذلك بل الزيادة هي عند مسلم أيضاً .
(٤) تقدم تخريجه قريباً .

فصل

وأما نهيه ﷺ عن النجش[1] ، فاتفق العلماء على منع ذلك ، وأن النجش : هو أن يزيد أحد في سلعة ، وليس في نفسه شراؤها ، يريد بذلك أن ينفع البائع ، ويضر المشتري ، واختلفوا إذا وقع هذا البيع ، فقال أهل الظاهر : هو فاسد ، وقال مالك : هو كالعيب والمشتري بالخيار ، إن شاء أن يردّ ردّ ، وإن شاء أن يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : إن وقع أثم وجاز البيع .

وسبب الخلاف هل يتضمن النهي فساد المنهي وإن كان النهي ليس في نفس الشيء بل من خارج ، فمن قال : يتضمن فسخ البيع لم يجزه ، ومن قال : ليس يتضمن أجازه . والجمهور على أن النهي إذا ورد لمعنى في المنهي عنه أنه يتضمن الفساد مثل النهي عن الربا والغرر ، وإذا ورد الأمر من خارج لم يتضمن الفساد ، ويشبه أن يدخل في هذا الباب نهيه ﷺ عن بيع الماء لقوله ﷺ في بعض ألفاظه : « إنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ »[2] وقال أبو بكر بن المنذر : ثبت

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) قلت : أما النهي عن بيع فضل الماء ، فورد من حديث أبي هريرة ، ومن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، ومن حديث عائشة ، ومن حديث جابر بن عبد الله ، ومن حديث إياس بن عبدٍ المُزنيّ .

● أما حديث أبي هريرة . فله عنه طرق :

١ - الأعرج ، عنه :

أخرجه البخاري (٥ /٣١ رقم ٢٣٥٣) ، ومسلم (٣ /١١٩٨ رقم ٣٦ /١٥٦٦) ، والترمذي (٣ /٥٧٢ رقم ١٢٧٢) ، وابن ماجه (٢ /٨٢٨ رقم ٢٤٧٨) ، وابن الجارود (رقم ٥٩٦) ، وأحمد (٢ /٢٤٤) ، ومالك في الموطأ (٢ /٧٤٤ رقم ٢٩) ، والحميدي (٢ /٤٧٧ رقم ١١٢٤) ، والبغوي في شرح السنة =

....

= (٦ /١٦٨ رقم ١٦٦٨) .

٢ - أبو صالح السمان ، عنه . قلت : لكنه بسياق آخر .

أخرجه البخاري (٥ /٤٣ رقم ٢٣٦٩) ، ومسلم (١ /١٠٣ رقم ١٧٣ /١٠٨) .

وأبو داود (٣ /٧٤٩ رقم ٣٤٧٤) ، وأحمد (٢ /٢٥٣، ٤٨٠) .

ولفظ البخاري « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر إليهم : رجل حلف على سِلعة لقد أعطى بها أكثر مما أعطى وهو كاذب ، ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ليقتطع بها مال رجل مسلم ، ورجل منع فضل مائه . فيقول الله : اليوم أمنعك فضلي كما منعت فضل ما لم تعمل يداك » .

٣ - سعيد بن المسيب . عنه :

أخرجه البخاري (٥ /٣١ رقم ٢٣٥٤) ، ومسلم (٣ /١١٩٨ رقم ٣٧ /١٥٦٦) .

٤ - أبو سلمة بن عبد الرحمن . عنه :

أخرجه مسلم (٣ /١١٩٨ رقم ٣٨ /١٥٦٦) ، وأحمد (٢ /٢٧٣، ٣٠٩) وعبد الرزاق في المصنف (٨ /١٠٤ رقم ١٤٤٩٠) ، والبيهقي (٦ /١٥ -١٦) .

٥ - عبيد الله بن عبد الله . عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٥٠٦) من طريق المسعودي عن عمران بن عمير عنه ، والمسعودي كان اختلط ، ولم يتكلم عليه الحافظ الهيثمي في « المجمع » (٤ /١٢٤) بشيء .

٦ - عبد الرحمن بن أبي عمرة ، عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٣٦٠، ٤٨٢) من طريق فليح بن سليمان عن هلال بن علي عن عبد الرحمن بن أبي عمرة عنه .

قلت : وسنده حسن في المتابعات ، وفليح بن سليمان صدوق كثير الغلط .

٧ - أبو سعيد مولى غفار ، عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٤٢٠) ، وابن حبان (صـ٢٧٩ رقم ١١٤٢ - الموارد) ، عن ابن وهب ، سمعت حيوة يقول ، حدثني حميد بن هانىء الخولاني ، عنه : بلفظ « لا تبيعوا فضل الماء ولا تمنعوا الكلأ ، فيهزل المال ، ويجوع العيال » .

قال الحافظ الهيثمي (٤ /١٢٤) : « ورجاله ثقات » كذا قال . وأبو سعيد مجهول الحال .

٨ - رجل غير مسمى عنه :

أخرجه أحمد (٢ /٤٩٤) من طريق هشيم عن عوف عن رجل حدثه ، عنه : =

« أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الماء ، ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ »[1] وقال : « لا يمنع وهو بئر ولا نقع ماء »[2].

واختلف العلماء في تأويل هذا النهي ، فحمله جماعة من العلماء على عمومه ، فقالوا : لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملّكة أو غير مملكة ، غير أنه إن كان متملكًا كان أحق بمقدار حاجته منه ، وبه

= ● قلت : وانظر تخريج أحاديث الصحابة الباقين في كتابنا (إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة جزء البيوع) . كما سيأتي تخريج بعضها .

(١) أخرجه مسلم (٣/ ١١٩٧ رقم ٣٤/ ١٥٦٥) ، وابن ماجه (٢/ ٨٢٨ رقم ٢٤٧٧) ، وابن الجارود (رقم ٥٩٠) ، والبيهقي (٦/ ١٥) من طريق وكيع عن ابن جريج ، عن أبي الزبير ، عن جابر بن عبد الله قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء » .

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٥ رقم ٣٠) .
عن عمرة بنتِ عبد الرحمن أنها أخبرتْهُ أن رسول الله ﷺ قال : « لا يُمنَعُ نقْعُ بئر » .
ورجاله ثقات ، إلا أنه مرسل ، وقد وصله أبو قرة موسى بن طارق ، وسعيد بن عبد الرحمن الجمحي كلاهما عن مالك ، عن أبي الرجال ، عن أمه عن عائشة .
● وأخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٢٨ رقم ٢٤٧٩) والخطيب في « تاريخ بغداد » (١٢/ ٤٣٥) .
عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « لا يُمْنَعُ فَضْلُ الماء ، ولا يُمنع نَقْعُ البئر » .
نقع البئر : أي فضل مائها ؛ لأنه ينقطع به العطش .
قلت : في إسناده حارثة بن أبي الرجال . ضعيف ، ضعفه أحمد وابن معين ، وأبو حاتم وأبو زرعة والبخاري والنسائي وغيره .
انظر ترجمته : في المجروحين (١/ ٢٦٨) ، وكتاب الجرح والتعديل (٣/ ٢٥٥) ، والميزان (١/ ٤٤٥) .
وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة ، أخرجه البخاري ، وابن حبان في صحيحيهما وابن ماجه . قاله البوصيري في مصباح الزجاجة (٢/ ٥٦ رقم ٨٧٧) . وصححه الألباني في صحيح ابن ماجه .

قال يحيى بن يحيى قال : أربع لا أرى أن يمنعن : الماء ، والنار ، والحطب ، والكلأ . وبعضهم خصص هذه الأحاديث معارضة الأصول لها ، وهو « أنه لا يحل مال أحد إلا بطيب نفس منه »[(1)] كما قال ﷺ وانعقد عليه الإجماع ، والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه ، فقال قوم : معنى ذلك أن البئر يكون بين الشريكين يسقي هذا يومًا وهذا يومًا ، فيروي زرع أحدهما في بعض يومه ، ولا يروي في اليوم الذي لشريكه زرعه ، فيجب عليه أن لا يمنع شريكه من الماء بقية ذلك اليوم . وقال بعضهم : إنما تأويل ذلك في الذي يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء ، أنه ليس لجاره أن يمنعه فضل مائه إلى أن يصلح بئره ، والتأويلان قريبان .

ووجه التأويلين أنهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد ، وذلك أنه نهى عن بيع الماء مطلقًا ، ثم نهى عن منع فضل الماء ، فحملوا المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا : الفضل هو الممنوع في الحديث . وأما مالك فأصل مذهبه أن الماء متى كان في أرض متملكة منبعه فهو لصاحب الأرض له بيعه

---

(١) أخرجه أبو يعلى في المسند (٣ /١٤٠ رقم ٢ /١٥٧٠) ، والدارقطني (٣ /٢٦ رقم ٩٢ و ٩٣) ، والبيهقي (٦ /١٠٠) من حديث أبي حرة الرقاشي عن عمه به وفيه : علي بن زيد بن جدعان وفيه ضعف قاله الحافظ ابن حجر في التلخيص (٣ /٤٦) .

وأخرجه أحمد في المسند – مطولاً – (٥ /٧٢ –٧٣)

وأورده الهيثمي في « المجمع » (٣ /٢٦٥ –٢٦٦) وقال : « رواه أحمد ، وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود ، وضعفه ابن معين ، وفيه علي بن زيد ، وفيه كلام » .

وفي الباب من حديث ابن عباس ، ومن حديث عمرو بن يثربي .

أما حديث ابن عباس ،فأخرجه الدارقطني (٣ /٢٥ رقم ٨٧) ، والبيهقي (٦ /٩٧) .

وحديث عمرو بن يثربي ، أخرجه الدارقطني (٣ /٢٥ –٢٦ رقم ٨٩ و ٩٠) ، والبيهقي (٦ /٩٧) .

ومنعه ، إلا أن يرد عليه قوم لا ثمن معهم ، ويخاف عليهم الهلاك ، وحمل الحديث على آبار الصحراء التي تتخذ في الأرضين الغير متملكة ، فرأى أن صاحبها ؛ أعني : الذي حفرها أولى بها ، فإذا روت ماشيته ترك الفضل للناس ، وكأنه رأى أن البئر لا تتملك بالإحياء . ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها ، وذلك أنهم اتفقوا على منع التفرقة في المبيع بين الأم وولدها ، لثبوت قوله ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِها ، فَرَّقَ اللّٰهُ بَيْنَهُ وبَيْنَ أحِبَّتِهِ يَوْمَ القِيامَةِ »[1] واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع إذا وقع . فأما حكم البيع فقال مالك : يفسخ ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يفسخ وأثم البائع والمشتري .

وسبب الخلاف هل النهي يقتضي فساد المنهي إذا كان لعلة من خارج . وأما الوقت الذي ينتقل فيه المنع إلى جواز ، فقال مالك : حد ذلك الإثغار ، وقال الشافعي : حد ذلك سبع سنين أو ثمان ، وقال الأوزاعي : حده فوق عشر سنين ، وذلك أنه إذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن أمه . ويلحق بهذا الباب إذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا ؟ فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ . وقال عبد الوهاب : إذا كان فوق الثلث رد ، وحكاه عن بعض أصحاب مالك ، وجعله ﷺ الخيار لصاحب الجلب إذا تلقى خارج المصر ، دليل على اعتبار الغبن[2] ، وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثاً لما ذكر له أنه يغبن في البيوع ، ورأى قوم من السلف الأول أن حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة ، وقوم رأوا ذلك في الإخوة .

(١) أخرجه أحمد (٥ /٤١٣) ، والدارمي (٢ /٢٢٧ -٢٢٨) ، والترمذي (٣ /٥٨٠ رقم ١٢٨٣) ، والدارقطني (٣ /٦٧ رقم ٢٥٦) ، والحاكم (٢ /٥٥) والقضاعي في مسند الشهاب (١ /٢٨٠ رقم ٤٥٦) ، وصححه الحاكم على شرط مسلم ، وأما الترمذي فحسنه . وهو حديث صحيح .

(٢) تقدم قريباً .

○ الباب السادس ○

[في النهي من قبل وقت العبادات]

وذلك إنما ورد في الشرع في وقت وجوب المشي إلى الجمعة فقط لقوله تعالى : ﴿ **إِذَا نُودِيَ للصَّلاةِ مِنْ يَوْمِ الجُمُعَةِ فاسْعَوْا إلى ذِكْرِ اللّٰهِ وَذَرُوا الْبَيعَ** ﴾[1] وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب ، أعني : منع البيع عند الأذان الذي يكون بعد الزوال والإمام على المنبر . واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يفسخ أو لا يفسخ ؟ فإن فسخ فعلى من يفسخ ؟ وهل يلحق سائر العقود في هذا المعنى بالبيع أم لا يلحق ؟ فالمشهور عن مالك أنه يفسخ ، وقد قيل : لا يفسخ ، وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة .

وسبب الخلاف كما قلنا غير ما مرة : هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أو لا يقتضيه ؟ وأما على من يفسخ ؟ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه .

وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم أن يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحتمل أن تلحق بالبيوع ؛ لأن فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي إلى الجمعة ، ويحتمل أن لا يلحق به ؛ لأنها تقع في هذا الوقت نادراً بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت ، فإذا فات فعلى جهة الحظر ، وإن كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ، ولذلك مدح الله تاركي البيوع لمكان الصلاة ، فقال تعالى : ﴿ **رجالٌ**

---

(١) الجمعة : (٩) .

لا تُلْهيهِمْ تِجارَةٌ ولا بَيْعٌ عَنْ ذِكْرِ اللّهِ وإقامِ الصَّلاةِ وإيتاءِ الزَّكاةِ ﴾[1] .

وإذ قد أثبتت أسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر إلى ذكر الأسباب والشروط المصححة له ، وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع .

• **القسم الثاني :**

والأسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الأسباب المفسدة له ، وهي منحصرة في ثلاثة أجناس :

النظر الأول : في العقد .

والثاني : في المعقود عليه .

والثالث : في العاقدين ، ففي هذا القسم ثلاثة أبواب :

---

(١) النور : (٣٧) .

○ الباب الأول في العقد ○

والعقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل أن يقول البائع : قد بعت منك ، ويقول المشتري : قد اشتريت منك ، وإذا قال له : بعني سلعتك بكذا وكذا فقال : قد بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع وقد لزم المستفهم إلا أن يأتي في ذلك بعذر ، وعند الشافعي أنه لا يتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت ، وكذلك إذا قال المشتري للبائع : بكم تبيع سلعتك ؟ فيقول المشتري بكذا وكذا ، فقال : قد اشتريت منك . اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول : قد بعتها منك ، وعند الشافعي أنه يقع البيع بالألفاظ الصريحة وبالكناية ، ولا أذكر لمالك في ذلك قولاً ، ولا يكفي عند الشافعي المعاطاة دون قول ، ولا خلاف فيما أحسب أن الإيجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لا يتراخى أحدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس ، أعني : أنه متى قال البائع : قد بعت سلعتي بكذا وكذا ، فسكت المشتري ، ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال : قد قبلت أنه لا يلزم ذلك البائع . واختلفوا متى يكون اللزوم . فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل المدينة : إن البيع يلزم في المجلس بالقول وإن لم يفترقا ، وقال الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضي الله عنهم : البيع لازم بالافتراق من المجلس وأنهما مهما لم يفترقا ، فليس يلزم البيع ولا ينعقد ، وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة ، وابن المبارك ، وسوار القاضي ، وشريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم ، وهو مروي عن ابن عمر وأبي برزة الأسلمي من الصحابة ، ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن

رسول الله ﷺ قال : « المُتَبايِعانِ كُلُّ واحِدٍ مِنْهُما بالخِيارِ على صَاحِبِه ما لَمْ يَفْتَرِقا إلّا بيعَ الخيارِ » ، وفي بعض روايات هذا الحديث « إلا أنَ يَقُولَ أحدهُما لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ »[1] وهذا حديث إسناده عند الجميع من أوثق الأسانيد وأصحها ، حتى لقد زعم أبو محمد أن مثل هذا الإسناد يوقع العلم وإن كان من طريق الآحاد . وأما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث . فالذى اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به أنه لم يلف عمل أهل المدينة عليه مع أنه قد عارضه عنده ما رواه من منقطع حديث ابن مسعود[2] أنه قال : « أيما بيعين تبايعا فالقول قول البائع أو يترادّان » فكأنه حمل هذا على عمومه ، وذلك يقتضي أن يكون في المجلس ، وبعد المجلس ولو كان المجلس شَرْطًا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه إلى تبيين حكم الاختلاف في المجلس ؛ لأن البيع بعد لم ينعقد ولا لزم ، بل الافتراق من المجلس ، وهذا الحديث

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٦٧١ رقم ٧٩) ، وأحمد (١ /٥٦) ، والدارمي (٢ /٢٥٠) ، والبخاري (٤ /٣٢٨ رقم ٢١١١) ، ومسلم (٣ /١١٦٣ رقم ٤٣ /١٥٣١) ، وأبو داود (٣ /٧٣٢ -٧٣٥ رقم ٣٤٥٤ و ٣٤٥٥) والترمذي (٣ /٥٤٧ رقم ١٢٤٥) والنسائي (٧ /٢٤٨) وابن ماجه (٢ /٧٣٦ رقم ٢١٨١) وغيرهم .
وله عندهم ألفاظ .

(٢) أخرجه أبو داود (٣ /٧٨٠ رقم ٣٥١١) ، والنسائي (٧ /٣٠٢ -٣٠٣) وابن ماجه (٢ /٧٣٧ رقم ٢١٨٦) ، والدارمي (٢ /٢٥٠) ، وأحمد (٦ /٢٠٣ رقم ٤٤٤٦) ، والترمذي (٣ /٥٧٠ رقم ١٢٧٠) وعبد الرزاق في المصنف (٨ /٢٧١ رقم ١٥١٨٥) ، والطيالسي (صـ٥٣ رقم ٣٩٩) ، والطبراني في الكبير (١٠ /٢١٥ رقم ١٠٣٦٥) و (١٠ /٢١٩ رقم ١٠٣٧٧) ، والدارقطني (٣/ ٢١) ، والبيهقي (٥ /٣٣٣) ، والبغوي في شرح السنة (٨ /١٦٩ رقم ٢١٢٢) من طرق عن ابن مسعود .
وهو حديث صحيح . انظر الصحيحة للمحدث الألباني . (رقم ٧٩٨) .

منقطع ، ولا يعارض به الأول ، وبخاصة أنه لا يعارضه إلا مع توهم العموم فيه ، والأولى أن ينبني هذا على ذلك . وهذا الحديث لم يخرّجه أحد مسندًا فيما أحسب ، فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهذا الحديث .

وأما أصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية ، وعلى القياس ، فمن أظهر الظاهر في ذلك قوله عز وجل : ﴿ **يا أيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أوْفُوا بالعُقُودِ** ﴾[1] والعقد هو الإيجاب والقبول والأمر على الوجوب ، وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد ؛ لأن له عندهم أن يرجع في البيع بعد ما أنعم ما لم يفترقا . وأما القياس فإنهم قالوا : عقد معاوضة ، فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد ، فلما قيل لهم : إن الظواهر التي تحتجون بها يخصصها الحديث المذكور ، فلم يبق لكم في مقابلة الحديث إلا القياس ، فيلزمكم على هذا أن تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الأثر . وذلك مذهب مهجور عند المالكية ، وإن كان قد روي عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة ، فأجابوا عن ذلك بأن هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب ، وإنما هو من باب تأويله وصرفه عن ظاهره . قالوا : وتأويل الظاهر بالقياس متفق عليه عند الأصوليين . قالوا : ولنا فيه تأويلان : **أحدهما** : أن المتبايعين في الحديث المذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع ، فقيل لهم : إنه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه ؛ لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار إذ لم يقع بينهما عقد بالقول . وأما التأويل الآخر فقالوا : إن التفرق هـٰهنا إنما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالأبدان كما قال الله تعالى : ﴿ **وإنْ يَتَفَرَّقا يُغْنِ اللّهُ كُلاًّ مِنْ سعَتِه** ﴾[2] والاعتراض على هذا أن هذا مجاز لا حقيقة ، والحقيقة هي التفرق بالأبدان ، ووجه

---

(١) المائدة : الآية (١) .

(٢) النساء : الآية (١٣٠) .

الترجيح أن يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس ، فيغلب الأقوى ، والحكمة في ذلك هي لموضع الندم ، فهذه هي أصول الركن الأول الذي هو العقد .

• وأما الركن الثاني .

الذي هو المعقود عليه ، فإنه يشترط فيهَ سلامته من الغرر والربا ، وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك ، فلا معنى لتكراره . والغرر ينتفى عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورًا على تسليمه ، وذلك في الطرفين الثمن والمثمون معلوم الأجل أيضا إن كان بيعًا مؤجلًا .

• وأما الركن الثالث .

وهما العاقدان ، فإنه يشترط فيهما أن يكونا مالكين تامي الملك أو وكيلين تامي الوكالة بالغين ، وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما أو على أحدهما ، إما لحق أنفسهما كالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد إلا أن يكون العبد مأذونًا له في التجارة . واختلفوا من هذا في بيع الفضولى ، هل ينعقد أم لا ؟ وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير إذنه ، على أنه رضى المشتري صح الشراء وإلا لم يصح ، فمنعه الشافعي في الوجهين جميعًا ، وأجازه مالك في الوجهين جميعًا . وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال : يجوز في البيع ولا يجوز في الشراء . وعمدة المالكية ما روي « أن النبي ﷺ دفع إلى عروة البارقي دينارًا وقال : اشْتَرِ لَنا مِنْ هَذَا الجَلَبِ شاةً ، قال : فاشتريت شاتين بدينار وبعت إحدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار ، فقلت : يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم ، فقال : اللَّهُمَّ بارِكْ لَهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِهِ »[1] ووجه

---

(١) أخرجه البخاري (٦ /٦٣٢ رقم ٣٦٤٢) ، وأبو داود (٣ /٦٧٧ رقم ٣٣٨٤) ، =

الاستدلال منه أن النبي ﷺ لم يأمره في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيع ، فصار ذلك حجة على أبي حنيفة في صحة الشراء للغير ، وعلى الشافعي في الأمرين جميعًا . وعمدة الشافعي النهي الوارد عن بيع الرجل ما ليس عنده ، المالكية تحمله على بيعه لنفسه لا لغيره ، قالوا : والدليل على ذلك أن النهي إنما ورد في حكيم ابن حزام ، وقضيته مشهورة ، وذلك أنه كان يبيع لنفسه ما ليس عنده .

وسبب الخلاف المسألة المشهورة ، هل إذا ورد النهي على سبب حمل على سببه أو يعم ؟ فهذه هي أصول هذا القسم ، وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطو بالقوة في الجزء الأول ، ولكن النظر الصناعي الفقهي يقتضي أن يفرد بالتكلم فيه . وإذ قد تكلمنا في هذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر إلى القسم الثالث ، وهو القول في الأحكام العامة للبيوع الصحيحة .

= والترمذي (٣ /٥٥٩ رقم ١٢٥٨) ، وابن ماجه (٢ /٨٠٣ رقم ٢٤٠٢) ، وأحمد (٤ /٣٧٥، ٣٧٦) ، والدارقطني (٣ /١٠ رقم ٢٩ و ٣٠) والبيهقي (٦ / ١١٢) من حديث عروة بن أبي الجعد البارقي وله عندهم ألفاظ .

● وفي الباب عن حكيم بن حزام أنه فعل مثل ذلك أيضاً مع النبي ﷺ أخرجه أبو داود (٣ /٦٧٩ رقم ٣٣٨٦) ، والترمذي (٣ /٥٥٨ رقم ١٢٥٧) ، والدارقطني (٣ /٩ رقم ٢٨) ، والبيهقي (٦ /١١٢ -١١٣) وفي سنده شيخ من أهل المدينة . وهو مجهول لا يدرى من هو . فالحديث ضعيف ، وضعفه البيهقي .

القسم الثالث : في الأحكام العام للبيوع الصحيحة

وهذا القسم تنحصر أصوله التي لها تعلق قريب بالمسموع في أربع جمل :

الجملة الأولى : في أحكام وجود العيب في المبيعات .

الجملة الثانية : في الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع إلى ملك المشترى .

الجملة الثالثة : في معرفة الأشياء التي تتبع المبيع مما هي موجودة فيه في حين البيع من التي لا تتبعه .

الجملة الرابعة : في اختلاف المتبايعين ، وإن كان الأليق به كتاب الأقضية .

وكذلك أيضًا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق ، وكذلك الشفعة هي أيضًا من الأحكام الطارئة عليه ، لكن جرت العادة أن يفرد لها كتاب .

الجملة الأولى :

وهذه الجملة فيها بابان :

الباب الأول : في أحكام وجود العيوب في البيع المطلق .

الباب الثاني : في أحكامهما في البيع بشرط البراءة .

○ الباب الأول ○

[في أحكام العيوب في البيع المطلق]

والأصل في وجود الرد بالعيب قوله تعالى : ﴿ **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ** ﴾[1] وحديث المصرّاة المشهور ، ولما كان القائم بالعيب لا يخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد ، أو يقوم في عقد لا يوجب ذلك ، ثم إذا قام في عقد يوجب الرد ، فلا يخلو أيضًا أن يقوم بعيب يوجب حكمًا أو لا يوجبه ، ثم إن قام بعيب يوجب حكمًا فلا يخلو المبيع أيضًا أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع أو لا يكون ، فإن كان لم يحدث فما حكمه ؟ وإن كان حدث فيه فكم أصناف التغييرات وما حكمها ؟ كانت الفصول المحيطة بأصول هذا الباب خمسة :

الفصل الأول : في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم ، من التي لا يجب فيها .

الثاني : في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها .

الثالث : في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير .

الرابع : في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري ، وحكمها .

الخامس : في القضاء في هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين ، وإن كان أليق بكتاب الأقضية .

---

(١) البقرة : الآية (٢٨٢) .

○ الفصل الأول ○

[في معرفة العقود التي يجب فيها بوجود العيب حكم من التي لا يجبِ فيها]

أما العقـود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف ، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة ، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنه لا تأثير للعيب فيها ، كالهبات لغير الثواب والصدقة ، وأما ما بين هذين الصنفين من العقود ، أعني : ما جمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب ، فالأظهر في المذهب أنه لا حكم فيها بوجود العيب ، وقد قيل : يحكم به إذا كان العيب مفسدًا .

○ الفصل الثاني ○

[في معرفة العيوب التي توجب الحكم ، وما شرطها الموجب للحكم فيها]

وفي هذا الفصل نظران :

أحدهما : في العيوب التي توجب الحكم .

النظر الثاني : في الشرط الموجب له .

• **النظر الأول .**

فأما العيوب التي توجب الحكم : فمنها عيوب في النفس ؛ ومنها عيوب في البدن ، وهذه منها ما هي عيوب بأن تشترط أضدادها في المبيع ، وهي التي تسمى عيوبًا من قبل الشرط ، ومنها ما هي عيوب توجب الحكم وإن لم يشترط وجود أضدادها في المبيع ، وهذه هي التي فقدها نقص في أصل الخلقة ، وأما العيوب الأخر فهي التي أضدادها كمالات ، وليس فقدها نقصًا مثل الصنائع ، وأكثر ما يوجد هذا الصنف في أحوال النفس ، وقد يوجد في أحوال الجسم . والعيوب الجسمانية ، ومنها ما هي في أجسام ذوات الأنفس ، ومنها ما هي في غير ذوات الأنفس . والعيوب التي لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانًا له تأثير في ثمن المبيع ، وذلك يختلف بحسب اختلاف الأزمان والعوائد والأشخاص ، فربما كان النقص في الخلقة فضيلة في الشرع ، كالخفاض في الإماء ، والختان في العبيد ، ولتقارب هذه المعاني في شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء في ذلك ، ونحن نذكر من

هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك في نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصًا عمن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره ، فمن ذلك وجود الزنا في العبيد . اختلف العلماء فيه ، فقال مالك والشافعي : هو عيب ، وقال أبو حنيفة : ليس بعيب ، وهو نقص في الخلق الشرعي الذي هو العفة ، والزواج عند مالك عيب ، وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال ، وكذلك الدين ، وذلك أن العيب بالجملة هو ما عاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج ، وقال الشافعي : ليس الدين ولا الزواج بعيب فيما أحسب . والحمل في الرائعة عيب عند مالك . وفي كونه عيبا في الوخش خلاف في المذهب . والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدي أيامًا حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير ، وحجتهم حديث المصراة المشهور ، وهو قوله ﷺ « لا تُصَرُّوا الإبِلَ والبَقَرَ ، فَمَنْ فَعَلَ ذَلكَ فَهُوَ بَخْيرِ النَّظَرَيْن إنْ شاءَ أمْسَكَها وإنْ شاءَ رَدَّها وصَاعا مِنْ تَمْرٍ »[1] قالوا : فأثبت له الخيار بالرد مع التصرية ، وذلك دالّ على كونه عيبًا مؤثرًا . قالو : وأيضًا فإنه مدلّس ، فأشبه التدليس بسائر العيوب . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليست التصرية عيبًا للاتفاق على أن الإنسان إذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلًا أن ذلك ليس بعيب . قالوا : وحديث المصراة يجب أن لا يوجب عملًا لمفارقته الأصول ، وذلك أنه مفارق للأصول من وجوه : فمنها أنه معارض لقوله ﷺ : « الخَرَاجُ بالضَّمانِ »[2]

---

(١) أخرجه البخاري (٣٦١/٤ رقم ٢١٥٠) ، ومسلم (١١٥٥/٣ رقم ١٥١٥/١١) و (٣ /١١٥٨-١١٥٩ رقم ٢٦ /١٥٢٤) ، وأبو داود (٣ /٧٢٢ رقم ٣٤٤٣) ، والنسائي (٧ /٢٥٣) ، ومالك (٢ /٦٨٣ رقم ٩٦) ، وأحمد (٢ /٢٤٢، ٣٩٤ ، ٤١٠، ٤٦٥) ، والبيهقي (٥ /٣١٨) وغيرهم .

بألفاظ ليس فيها ذكر البقر ، بل كلهم قالوا : « لا تُصَرُّوا الإبل ولا الغنم .. » الحديث .

(٢) أخرجه أبو داود (٣ /٧٨٠ رقم ٣٥١٠) ، وابن ماجه (٢ /٧٥٤ رقم ٢٢٤٣) ، =

وهو أصل متفق عليه ، ومنها أن فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئةٍ ، وذلك لا يجوز باتفاق ؛ ومنها أن الأصل في المتلفات إما القيم ، وإما المثل ، وإعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلًا ؛ ومنها بيع الطعام المجهول : أي :الجزاف بالمكيل المعلوم ؛ لأن اللبن الذي دلس به البائع غير معلوم القدر ، وأيضا فإنه يقل ويكثر ، والعوض هٰهنا محدود ، ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الأصول كلها لموضع صحة الحديث ، وهذا كأنه ليس من هذا الباب وإنما هو حكم خاص . ولكن اطرد إليه القول فلنرجع إلى حيث كنا فنقول : إنه لا خلاف عندهم في

= وابن الجارود (رقم ٦٢٦) ، والدارقطني (٣ /٥٣ رقم ٢١٣) ، والحاكم (٢ /١٥) ، والبغوي في شرح السنة (٨ /١٦٢ -١٦٣) ، وأحمد (٦ /٨٠ ، ١١٦) من طريق مسلم بن خالد الزنجي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة : أن رجلاً اشترى غلاماً في زمن النبي ﷺ وبه عيب لم يعلم به ، فاستغله ، ثم علم العيب فرده ، فخاصمه إلى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ، إنه استغله منذ زمن ، فقال رسول الله ﷺ : « الخراج بالضمان » وقال بعضهم : « الغلة بالضمان » .
قال الحاكم : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .
قلت : كلا ، فإن الزنجي ضعفه الذهبي نفسه في الميزان (٤ /١٠٢) ولكن الحديث صحيح لغيره .

● وأخرجه أبو داود (٣ /٧٧٧ رقم ٣٥٠٨) ، والترمذي (٣ /٥٨١ رقم ١٢٨٥) ، والنسائي (٧/٢٥٤-٢٥٥) ، وابن ماجه (٢/٧٥٤ رقم ٢٢٤٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٢٧) ، والدارقطني (٣ /٥٣ رقم ٢١٤) ، والحاكم (٢ /١٥) ، والبيهقي (٥ /٣٢١) ، وأحمد (٦ /٤٩ ، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٧) ، والطيالسي (صـ٢٠٦ رقم ١٤٦٤) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٤٣ رقم ٤٧٩) ، والبغوي في شرح السنة (٨ /١٦٣) من طريق ابن أبي ذئب به .
قال الترمذي : حديث حسن صحيح غريب .
قلت : مخلد بن خفاف ، وثقه ابن حبان ووضاح ، أما البخاري فقال فيه نظر . فمثله يقبل حديثه في المتابعات .
قلت : وهو حديث صحيح لغيره .

العور والعمى وقطع اليد والرجل أنها عيوب مؤثرة ، وكذلك المرض في أيّ عضو كان ، أو كان في جملة البدن ، والشيب في المذهب عيب في الرائعة ، وقيل لا بأس باليسير منه فيها ، وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش[1] ، وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب ، والزّعر[2] عيب ، وأمراض الحواس والأعضاء كلها عيب باتفاق . وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة ، أعني : نقص منها فهو عيب ، والبول في الفراش عيب ، وبه قال الشافعي ؛ وقال أبو حنيفة : ترد الجارية به ، ولا يرد العبد به ، التأنيث في الذكر والتذكير في الأنثى عيب ، هذا كله في المذهب إلا ما ذكرنا فيه الاختلاف .

• **النظر الثاني .**

وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو أن يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها ، فيجب هٰـهنا أن نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول : انفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار . وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة[3] وغيرهم ، ومعنى العهدة : أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع ، وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام ، وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري . وعهدة السنة ، وهي من العيوب الثلاثة : الجذام والبرص والجنون ، فما حدث في السنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع ، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان

---

(١) وخش الشيء : بالضّم وُخوشةً : أي صار رديئاً . والوَخْس من الناس : الرَذْل ، يستوي فيه المذكر والمؤنث ، والواحد والجمع . النهاية (٥ / ١٦٤) .

(٢) الزعر : بالتحريك ، قليل الشعر ، والمرأة زعراء ، والرجل أزعَر ، والجمع زُعْرٌ . النهاية (٢ /٣٠٣) .

(٣) وهم : ١ – سعيد بن المسيب . ٢ – عروة بن الزبير . ٣ – أبو بكر بن عبيد بن الحارث . ٤ – القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ٥ – عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود . ٦ – سليمان بن يسار . ٧ – خارجة بن زيد بن ثابت

المشتري على الأصل. وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار و أيام الاستبراء والنفقة فيها، والضمان من البائع. وأما عهدة السنة فالنفقة فيها، والضمان من المشتري إلا من الأدواء الثلاثة ، وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضًا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة ، وكان بيعًا لا في الذمة ، هذا ما لا خلاف فيه في المذهب .

واختلف في غير ذلك . وعهدة السنة تحسب عنده بعد ، عهدة الثلاث في الأشهر من المذهب ، وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث إن كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث . وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء ، هذا هو الظاهر من المذهب ، وفيه اختلاف . وقال الفقهاء السبعة : لا يتداخل منها عهدة مع ثانية ، فعهدة الاستبراء أوّلا ، ثم عهدة الثلاث ، ثم عهدة السنة ، واختلف أيضًا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها ؟ فروي عنه الوجهان ، فإذا قيل : لا يلزم أهل هذه البلد إلا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا ؟ فيه قولان في المذهب ، ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وإن اشترط ، ويلزم في عهدة السنة ، والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسًا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع ، فهذه كلها مشهورات أحكام العهدة في مذهب مالك وهي كلها فروع مبنية على صحة العهدة ، فلنرجع إلى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين .

وأما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التي عوّل عليها ، فهي عمل أهل المدينة ، وأما أصحابه المتأخرون فإنهم احتجوا بما رواه الحسن عن عقبة بن عامر[1] عن النبي ﷺ قال : « عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلاثَةُ أَيَّامٍ » وروي أيضاً

---

(١) ● أخرج أحمد (٤ /١٥٢) ، والحاكم (٢ /٢١) ، والبيهقي (٥ /٣٢٣) عن =

« لا عُهْدَةَ بَعْدَ أَرْبَعٍ » وروى هذا الحديث أيضاً الحسن عن سمرة بن جندب الفزاري[1] رضي الله عنه ، وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول ، فإنهم

= عقبة بن عامر ، قال : قال رسول الله ﷺ : « عهدة الرقيق ثلاث ليال » .

● وأخرجه أحمد (٤ /١٥٢) ، والدارمي (٢ /٢٥١) ، وأبو داود (٣/٧٧٦ - ٧٧٧ رقم ٣٥٠٦ و ٣٥٠٧) عن عقبة بن عامر ، بلفظ : « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » .

● وأخرجه أحمد (٤ /١٤٣) ، وابن ماجه (٢ /٧٥٤ رقم ٢٢٤٥) ، والحاكم (٢ /٢١) ، والبيهقي (٥ /٣٢٣) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٥ /٨٤) . عن عقبة بن عامر ، بلفظ : « لا عُهدَةَ بعدَ أَرْبعٍ » .

● وأخرجه الطيالسي (صـ١٢٢ رقم ٩٠٨) ، والحاكم (٢ /٢١ -٢٢) ، والبيهقي (٥ /٣٢٣) عن عقبة بن عامر ، بلفظ : « عهدة الرقيق أربعة أيام » .

قال الحاكم عقب حديث عقبة : « حديث صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال ، فإن الحسن لم يسمع من عقبة بن عامر » .

وقال البيهقي : مدار هذا الحديث على الحسن ، عن عقبة بن عامر وهو مرسل . قال ابن المديني : « لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئاً » .

وذكر ابن أبي حاتم في العلل (١ /٣٩٥ رقم ١١٨٤) أنه سأل أباه عن هذا الحديث من رواية الحسن عن سمرة ، والحسن عن عقبة . فقال : ليس هذا الحديث عندي بصحيح وهذا عندي مرسل .

قلت : وانظر « مختصر سنن أبي داود » (٥ /١٥٧) .

والخلاصة أن الحديث ضعيف ، والله أعلم .

(١) أخرج ابن ماجه (٢ /٧٥٤ رقم ٢٢٤٤) عن سمرة بن جندب ، قال : قال رسول الله ﷺ : « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » .

قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /١٩ رقم ٧٩٦) : « هذا إسناد رجاله ثقات ، وسعيد هذا هو ابن أبي عروبة اختلط بآخره ، وعبدة بن سليمان روى عنه قبل الاختلاط ، وسماع الحسن عن سمرة مختلف فيه . رواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن هشام عن قتادة به بلفظ : « عهدة الرقيق أربعة أيام » ورواه أبو بكر بن أبي شيبة في مسنده عن عبدة بن سليمان ومحمد بن بشر عن سعيد به كمثل ما رواه ابن ماجه ، ورواه أبو يعلى الموصلي : ثنا محمد بن نمير بن عبد الله فذكره » اهـ .

والحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في ضعيف الجامع (رقم ٣٨٣٦) .

اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة ، وإن كان الترمذي قد صححه ، وأما سائر فقهاء الأمصار فلم يصح عندهم في العهدة أثر ، ورأوا أنها لو صحت ، مخالفة للأصول ، وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهي من المشتري ، فالتخصيص لمثل هذا الأصل المتقرر إنما يكون بسماع ثابت ، ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في كل بلد إلا أن يكون ذلك عرفاً في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة ، فإنه لم يأت في ذلك أثر ، وروى الشافعي عن ابن جريج قال : سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال : ما علمت فيها أمراً سالفاً . وإذ قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكماً من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك ، وهو أن يكون العيب حادثاً قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر إلى ما بقي .

○ الفصل الثالث ○

[في معرفة حكم العيب الموجب إذا كان المبيع لم يتغير]

وإذا وجدت العيوب ، فإن لم يتغير المَبيع بشيء من العيوب عند المشتري ، فلا يخلو أن يكون في عقار أو عروض أو في حيوان ، فإن كان في حيوان فلا خلاف أن المشتري مخير بين أن يردّ المبيع ويأخذ ثمنه ، أو يمسك ولا شيء له . وأما إن كان عقارا ، فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول : إن كان العيب يسيراً لم يجب الرد ، ووجبت قيمة العيب وهو الأرش ، وإن كان كثيراً وجب الرد ، هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ، ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل .

وأما العروض فالمشهور في المذهب : أنها ليست في هذا الحكم بمنزلة الأصول ، وقد قيل : إنها بمنزلة الأصول في المذهب ، وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن رزق شيخ جدي رحمة الله عليهما ، وكان يقول : إنه لا فرق في هذا المعنى بين الأصول والعروض ، وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الأصول ، أعني : أن يفرق في ذلك أيضا في العروض ، والأصل أن كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد ، وهو الذي عليه فقهاء الأمصار ، ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الأصول ، ولم يختلف قولهم في الحيوان إنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

فصل

وإذ قد قلنا إن المشتري يخير بين أن يردّ المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له ، فإن اتفقا على أن يمسك المشتري سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب ، فعامة فقهاء الأمصار يجيزون ذلك إلا ابن سريج من أصحاب الشافعي فإنه قال : ليس لهما ذلك ؛ لأنه خيار في مال ، فلم يكن له إسقاطه بعوض كخيار الشفعة . قال القاضي عبد الوهاب : وهذا غلط ؛ لأن ذلك حق للمشتري فله أن يستوفيه ، أعني : أن يردّ ويرجع بالثمن ، وله أن يعاوض على تركه ، وما ذكره من خيار الشفعة فإنه شاهد لنا ، فإن له عندنا تركه إلى عوض يأخذه ، وهذا لا خلاف فيه . وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قِبَل التبعيض :

أحدهما : هل إذا اشترى المشتري أنواعاً من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا ، فهل يرجع بالجميع ، أو بالذي وجد فيه العيب ؟

فقال قوم : ليس له إلا أن يرد الجميع أو يمسك ، وبه قال أبو ثور والأوزاعي ، إلا أن يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الأنواع من القيمة ، فإن هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط ، وإنما الخلاف إذا لم يسم . وقال قوم : يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير ، وممن قال بهذا القول سفيان الثوري وغيره . وروي عن الشافعي القولان معاً . وفرق مالك فقال : ينظر في المعيب ، فإن كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع ، وإن لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته . وفرق أبو حنيفة تفريقاً آخر ، وقال : إن وجد العيب قبل القبض رد الجميع ، وإن وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن . ففي هذه المسألة أربعة أقوال : فحجة من منع التبعيض في الرد ،

أن المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشتري والبائع ، وكذلك الذي يبقى إنما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها . ويمكن أنه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التي أقيم بها .

وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولابد فلأنه موضع ضرورة ، فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياساً على أن ما فات في البيع فليس فيه إلا القيمة . وأما تفريق مالك بين ما هو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه ؛ لأنه رأى أن ذلك المعيب إذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لا يوافق الثمن الذي أقيم به أراده المشتري أو البائع . وأما عندما يكون مقصوداً أوجلّ المبيع فيعظم الضرر في ذلك . واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة .

وأما تفريق أبي حنيفة بين أن يقبض أو لا يقبض ، فإن القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ، ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع ، وحكم الاستحقاق في هذه المسألة حكم الرد بالعيب .

• **وأما المسألة الثانية .**

فإنهم اختلفوا أيضًا في رجلين يبتاعان شيئًا واحدًا في صفقة واحدة فيجدان به عيبًا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر ، فقال الشافعي : لمن أراد الرد أن يرد ، وهي رواية ابن القاسم عن مالك ، وقيل : ليس له أن يرد ، فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين ؛ لأنه قد اجتمع فيها عاقدان ، ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة إذا أراد المشتري فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

○ الفصل الرابع ○

[في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشتري وحكمها]

وأما إن تغير المبيع عند المشتري و لم يعلم بالعيب إلا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الأمصار بحسب التغير . فأما إن تغير بموت أو فساد أو عتق ، ففقهاء الأمصار على أنه فوت ، ويرجع المشتري على البائع بقيمة العيب . وقال عطاء بن أبي رباح : لا يرجع في الموت والعتق بشيء ، وكذلك عندهم حكم من اشتري جارية فأولدها . وكذلك التدبير عندهم ، وهو القياس في الكتابة .

وأما تغيره في البيع فإنهم اختلفوا فيه ، فقال أبو حنيفة والشافعي : إذا باعه لم يرجع بشيء ، وكذلك قال الليث . وأما مالك فله في البيع تفصيل ، وذلك أنه لا يخلو أن يبيعه من بائعه منه أو من غير بائعه ، ولا يخلو أيضًا أن يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، فإن باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب . وإن باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب ، وإن باعه بأكثر من الثمن نظر ، فإن كان البائع الأول مدلسًا ، أى : عالمًا بالعيب لم يرجع الأول على الثاني بشيء ، وإن لم يكن مدلسًا رجع الأول على الثاني في الثمن والثاني على الأول أيضًا ، وينفسخ البيعان ويعود المبيع إلى ملك الأول ، فإن باعه من عند بائعه منه ، فقال ابن القاسم : لا رجوع له بقيمة العيب ، مثل قول أبي حنيفة والشافعي ، وقال ابن عبد الحكم : له الرجوع بقيمة العيب ، وقال أشهب : يرجع بالأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن ، هذا إذا باعه بأقل مما

اشتراه ، وعلى هذا لا يرجع إذا باعه بمثل الثمن أو أكثر ، وبه قال عثمان البتي . ووجه قول ابن القاسم والشافعي وأبي حنفية ، أنه إذا فات بالبيع فقد أخذ عوضًا من غير أن يعتبر تأثير بالعيب في ذلك العوض الذي هو الثمن ، ولذلك متى قام عليه المشتري منه بعيب رجع على البائع الأول بلا خلاف . ووجه القول الثاني : تشبيه البيع بالعتق . ووجه قول عثمان وأشهب : أنه لو كان عنده المبيع لم يكن له إلا الإمساك أو الرد للجميع ، فإذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن ، فليس له إلا ما نقص إلا أن يكون أكثر من قيمة العيب . وقال مالك : إن وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب ، وقال أبو حنيفة:لا يرجع ؛ لأن هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضي منه بذلك طلبًا للأجر ، فيكون رضاه بإسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقاس الهبة على العتق ، وقد كان القياس أن لا يرجع في شيء من ذلك إذا فات ولم يمكنه الرد ؛ لأن إجماعهم على أنه إذا كان في يده فليس يجب له إلا الرد أو الإمساك ، دليل على أنه ليس للعيب تأثير في إسقاط شيء من الثمن ، وإنما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التي يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والإجارة فاختلف في ذلك أصحاب مالك ، فقال ابن القاسم : لا يمنع ذلك من الرد بالعيب إذا رجع إليه المبيع ، وقال أشهب : إذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانًا بعيدًا كان له الرد بالعيب ، وقول ابن القاسم أولى ، والهبة للثواب عند مالك كالبيع في أنها فوت ، فهذه هي الأحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

○ باب في طروء النقصان ○

وأما إن طرأ على المبيع نقص فلا يخلو أن يكون النقص في قيمته أو في البدن أو في النفس . فأما نقصان القيمة لاختلاف الأسواق ، فغير مؤثر في الرد بالعيب بإجماع . وأما النقصان الحادث في البدن ، فإن كان يسيرًا غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب ، وحكمه حكم الذي لم يحدث ، وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة ، فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ليس له أن يرجع إلا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك إذا أبى البائع من الرد ، وبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة . وقال الثوري : ليس له إلا أن يرد ، ويرد مقدار العيب الذي حدث عنده ، وهو قول الشافعي الأول . والقول الثالث قول مالك : إن المشتري بالخيار بين أن يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعيطه ثمن العيب الذي حدث عنده ، وأنه إذا اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع للمشتري : أنا أقبض المبيع وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، وقال المشتري : بل أنا أمسك المبيع ، وتعطي أنت قيمة العيب الذي حدث عندك ، فالقول قول المشتري والخيار له ، وقد قيل في المذهب : القول قول البائع ، وهذا إنما يصح على قول من يرى ، أنه ليس للمشتري إلا أن يمسك أو يرد وما نقص عنده . وشذ أبو محمد ابن حزم فقال : له أن يرد ولا شيء عليه .

وأما حجة من قال : إنه ليس للمشتري إلا أن يرد ويرد قيمة العيب ، أو

يمسك ، فلأنه قد أجمعوا على أنه إذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشتري فليس إلا الرد ، فوجب استصحاب حال هذا الحكم ، وإن حدث عند المشتري عيب مع إعطائه قيمة العيب الذي حدث عنده . وأما من رأى أنه لا يرد المبيع بشيء ، وإنما له قيمة العيب الذي كان عند البائع ، فقياسًا على العتق والموت لكون هذا الأصل غير مجمع عليه ، وقد خالف فيه عطاء . وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشتري غلب المشتري ، وجعل له الخيار ؛ لأن البائع لا يخلو من أحد الأمرين : إما أن يكون مفرِّطًا في أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري ، أو يكون علمه فدلس به على المشترى . وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده ، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت أنه دلس فيه .

وأما حجة أبي محمد ، فلأنه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع ، فإن الرد بالعيب دالّ على أن البيع لم ينعقد في نفسه ، وإنما انعقد في الظاهر ، وأيضًا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم ما لم يكن له تأثير في نقصه إلا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب ما نقص عنده بأمر من الله ، فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن . وأما العيوب التي في النفس كالإباق والسرقة ، فقد قيل في المذهب : إنها تُفِيتُ الرد كعيوب الأبدان ، وقيل : لا ، ولا خلاف أن العيب الحادث عند المشتري إذا ارتفع بعد حدوثه أنه لا تأثير له في الرد إلا أن لا تؤمن عاقبته .

واختلفوا من هذا الباب في المشتري يطأ الجارية ، فقال قوم : إذا وطىء فليس له الرد ، وله الرجوع بقيمة العيب ، وسواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب ، وقال قوم : بل يردها ويرد مهر مثلها ، وبه قال ابن أبي شبرمة وابن أبي ليلى ، وقال

سفيان الثوري : إن كانت ثيبًا رد نصف العشر من ثمنها ، وإن كانت بكرًا رد العشر من ثمنها ، وقال مالك : ليس عليه في وطء الثيب شيء ؛ لأنه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشتري الخيار على ما سلف من رأيه ، وقد روي مثل هذا القول عن الشافعي ، وقال عثمان البتي : الوطء معتبر في العرف في ذلك النوع من الرقيق ، فإن كان له أثر في القيمة رد البائع ما نقص ، وإن لم يكن له أثر لم يلزمه شيء ، فهذا هو حكم النقصان الحادث في المبيعات . وأما الزيادة الحادثة في المبيع ؛ أعني : المتولدة المنفصلة منه ، فاختلف العلماء فيها ، فذهب الشافعي إلى أنها غير مؤثرة في الرد وأنها للمشتري لعموم قوله ﷺ : « الخَراجُ بالضمان »[1] . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال : يرد للبائع ، وليس للمشتري إلا الرد الزائد مع الأصل أو الإمساك . قال أبو حنيفة : الزوائد كلها تمنع الرد وتوجب أرش العيب إلا الغلة والكسب . وحجته أن ما تولد عن المبيع داخل في العقد ، فلما لم يكن رده ورد ما تولد عنه كان ذلك فوتًا يقتضي أرش العيب إلا ما نصصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة في نفس المبيع غير المنفصلة عنه ، فإنها إن كانت مثل الصبغ في الثوب والرقم في الثوب فإنها توجب الخيار في المذهب ، إما الإمساك والرجوع بقيمة العيب ، وإما في الرد وكونه شريكًا مع البائع بقيمة الزيادة . وأما النماء في البدن مثل السِّمَن ، فقد قيل في المذهب : يثبت به الخيار للمشتري ، وقيل : لا يثبت ، وكذلك النقص الذي هو الهزال ، فهذا هو القول في حكم التغيير .

(١) تقدم تخريجه قريباً .

○ الفصل الخامس ○

[في القضاء في اختلاف الحكم عند اختلاف المتبايعين]

وأما صفة الحكم في القضاء بهذه الأحكام ، فإنه إذا تقارَّ البائع والمشتري على حالة من هذه الأحوال المذكورة هـٰهنا وجب الحكم الخاص بتلك الحال ، فإن أنكر البائع دعوى القائم ، فلا يخلو أن ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عنده . فإن أنكر وجود العيب بالمبيع ، فإن كان العيب يستوي في إدراكه جميع الناس كفى في ذلك شاهدان عدلان ممن اتفق من الناس ، وإن كان مما يختص بعلمه أهل صناعة مَّا ، شهد به أهل تلك الصناعة ، فقيل في المذهب : عدلان . وقيل لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام ، وكذلك الحال إن اختلفوا في كونه مؤثرًا في القيمة ، وفي كونه أيضًا قبل أمد التبايع أو بعده ، فإن لم يكن للمشتري بينة حلف البائع أنه ما حدث عنده ، وإن لم تكن له بينة[1] على وجود العيب بالمبيع ، لم يجب له يمين على البائع . وأما إذا وجب الأرش فوجه الحكم في ذلك أن يقوم الشيء سليمًا ويقوم معيبًا ويرد المشتري ما بين ذلك ، فإن وجب الخيار قوّم ثلاث تقويمات : تقويم وهو سليم ، وتقويم بالعيب الحادث عند البائع ، وتقويم بالعيب الحادث عند المشتري ، فيرد البائع من الثمن ويسقط عنه ما قدر منه قدر ما تنقص به القيمة المعيبة عن القيمة السليمة ، وإن أبى المشتري الرد وأحب الإمساك رد البائع من الثمن ما بين القيمة الصحيحة والمعيبة عنده

(١) لعله ، وإن كانت له بينة .

○ الباب الثاني ○

[في بيع البراءة]

اختلف العلماء في جواز هذا البيع . وصورته أن يشترط البائع على المشتري التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم ، فقال أبو حنيفة : يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أو لم يعلمه ، سماه أو لم يسمه ، أبصره أو لم يبصره ، وبه قال أبو ثور . وقال الشافعي في أشهر قوليه وهو المنصور عند أصحابه بها يبرأ البائع إلا من عيب يريه للمشتري ، وبه قال الثوري . وأما مالك فالأشهر عنه أن البراءة جائزة مما يعلم البائع من العيوب ، وذلك في الرقيق خاصة ، إلا البراءة من الحمل في الجواري الرائعات ، فإنه لا يجوز عنده لعظم الغرر فيه ، ويجوز في الوخش . وعنه في رواية ثانية : أنه يجوز في الرقيق والحيوان . وفي رواية ثالثة مثل قول الشافعي . وقد روى عنه أن بيع البراءة إنما يصح من السلطان فقط ، وقيل : في بيع السلطان وبيع المواريث ، وذلك من غير أن يشترطوا البراءة . وحجة من رأى القول بالبراءة على الإطلاق أن القيام بالعيب حق من حقوق المشتري قِبَل البائع ، فإذا أسقطه سقط ، أصله سائر الحقوق الواجبة .

وحجة من لم يجزه على الإطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البائع ، ومن باب الغبن والغش فيما علمه ، ولذلك اشترط جهل البائع مالك . وبالجملة فعمدة مالك ما رواه في الموطأ[1] أن عبد الله بن عمر باع غلامًا له بثمانمائة درهم ، وباعه على البراءة ، فقال الذي ابتاعه لعبد الله بن عمر : بالغلام

(١) (٢ /٦١٣ رقم ٤) وإسناده صحيح .

داء لم تسمه ، فاختصما إلى عثمان ، فقال الرجل : باعني عبدًا وبه داء لم يسمه لي ، وقال عبد الله : بعته بالبراءة ، فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف لقد باع العبد وما به داء يعلمه ، فأبى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد . وروي أيضًا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة . وإنما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية . وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشتري ، ولما كان ذلك يختلف اختلافًا كثيرًا كاختلاف المبيعات في صفاتها ، وجب إذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز ، أصله إذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ، ولذلك حكى بن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة إلا ما خفف فيه السلطان ، وفي قضاء الديون خاصة . وذهب المغيرة من أصحاب مالك إلى أن البراءة إنما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع ، والبراءة بالجملة إنما تلزم عند القائلين بالشرط ؛ أعني : إذا اشترطها إلا بيع السلطان والمواريث عند مالك فقط . فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه ، وفيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ، ولمن يجوز بالشرط أو مطلقًا ، وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

• الجملة الثانية : في وقت ضمان المبيعات .

واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشتري المبيع ، أنى تكون خسارته إن هلك منه . فقال أبو حنيفة والشافعي : لا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما مالك فله في ذلك تفصيل ، وذلك أن المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام : بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن أو كيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية ، وهو الجزاف أو ما لا يوزن ولا يكال ولا يعد . فأما ما كان فيه حق توفية فلا يضمن المشتري إلا بعد القبض . وأما ماليس فيه حق توفيه وهو حاضر فلا خلاف في المذهب أن ضمانه من المشتري وإن لم يقبضه . وأما المبيع الغائب ، فعن مالك في ذلك ثلاث روايات :

أشهرها : أن الضمان من البائع إلا أن يشترطه على المبتاع .
والثانية : أنه من المبتاع إلا أن يشترطه على البائع .
والثالثة : الفرق بين ما ليس بمأمون البقاء إلى وقت الاقتضاء كالحيوان والمأكولات ، وبين ما هو مأمون البقاء . والخلاف في هذه المسألة مبني هل على القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد ، والعقد لازم دون القبض ؟ فمن قال : القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت أن تعبر في هذا المعنى ، كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشتري ، ومن قال : هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع وقد انعقد ولزم ، قال : العقد يدخل في ضمان المشتري . وتفريق مالك بين الغائب والحاضر ، والذي فيه حق توفية ، والذي ليس فيه حق توفية : استحسان ، ومعنى الاستحسان في أكثر الأحوال هوالالتفات إلى المصلحة والعدل . وذهب أهل الظاهر إلى أن بالعقد يدخل في ضمان المشتري وفيما أحسب . وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشتري ، وقد قال ﷺ : « الخراج بالضمان »[1] وعمدة المخالف حديث عَتَّاب بن أَسِيد أن رسول الله ﷺ لما بعثه إلى مكة قال له : « انهَهُمْ عَنْ بَيْعِ ما لَمْ يَقْبِضُوا وَرِبْحِ ما لَمْ يَضْمَنُوا »[2] وقد تكلمنا في شرط القبض في

---

(١) تقدم تخريجه .
(٢) أخرج ابن ماجه (٢ /٧٣٨ رقم ٢١٨٩)
عن عتاب بن أسيد ، قال : « لما بعثه رسول الله ﷺ إلى مكة ، نهاه عن شِفٍّ ما لم يُضمن » .
قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /١١ رقم ٧٧٥) : « هذا إسناد ضعيف رواه أبو يعلى الموصلي عن عثمان بن أبي شيبة به وسياقه أتم ، وليث هو ابن أبي سليم ضعفه الجمهور ، وعطاء هو ابن أبي رباح لم يدرك علياً » .
ورواه أبو داود من حديث ابن عمر ، لكن لم ينفرد به ليث ، كما رواه ابن عدي في الكامل من طريق إسماعيل بن أمية عن عطاء به . =

المبيع فيما سلف ، ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح . وإذ قد ذكرنا العهدة فينبغي أن نذكر هٰـهنا الجوائح .

= ورواه البيهقي في سننه عن أبي سعد الماليني عن ابن عدي بإسناده ومتنه » اهـ .
وقد صحح الحديث المحدث الألباني في صحيح سنن ابن ماجه .

○ القول في الجوائح ○

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار ، فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ، ومنعها أبو حنيفة والثوري والشافعي في قوله الجديد والليث . فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ باعَ ثَمَرًا فأَصَابَتْهُ جائحةٌ فلا يأْخُذْ مِنْ أخيهِ شَيْئًا ، عَلَى ماذَا يأْخُذُ أَحَدُكُمْ مالَ أخيهِ ؟» خرجه مسلم[٣] عن جابر . وما روي[٤] عنه أنه قال: « أمر رسول الله ﷺ بوضع

---

(١) في صحيحه (٣ /١١٩٠ رقم ١٤ /١٥٥٤) عن أبي الزبير ، أنه سمع جابر بن عبد الله يقول : قال رسول الله ﷺ : « لو بِعْتَ من أخيك ثمراً ، فأصابته جائحةٌ ، فلا يحلُّ لك أن تأخذ منه شيئاً . بم تأخذُ مالَ أخيكَ بغيرِ حَقٍ ؟ » .
قلت : وأخرجه الدارمي (٢ /٢٥٢) ، وأبو داود (٣ /٧٤٦ رقم ٣٤٧٠) ، والنسائي (٧ /٢٦٤ –٢٦٥) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٧ رقم ٢٢١٩) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٤) ، والبيهقي (٥ /٣٠٦) .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١١٩١ رقم ١٧ /١٥٥٤) ، والنسائي (٧ /٢٦٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٤) ، والبيهقي (٥ /٣٠٦) ، وأحمد (٣ /٣٠٩) ، والشافعي في ترتيب المسند (٢ /١٥١ رقم ٥٢٢) ، وابن الجارود مفرقاً (رقم ٥٩٧ و ٦٤٠) .
عن جابر ، « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين وأمر بوضع الجوائح » وقال بعضهم : « ووضع الجوائح » واختصره بعضهم ، فاقتصر على قوله : أن النبي ﷺ وضع الجوائح » .
كما أن ابن ماجه (٢ /٧٤٧ رقم ٢٢١٨) اقتصر على قوله : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع السنين » .
وفرقه مسلم بالإسناد نفسه ، فذكر النهي عن بيع السنين في صحيحه (٣ /١١٧٨ رقم ١٠١ /١٥٣٦) . =

الجوائح » . فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان . وقياس الشبه أيضًا ، وذلك أنهم قالوا : إنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية ، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل ، فوجب أن يكون ضمانه منه ، أصله سائر المبيعات التي بقي فيها حق توفية ، والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد ، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع مالم يخلق[1] ، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفًا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وأن التخلية في هذا المبيع هو القبض . وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد القبض من المشتري ومن طريق السماع أيضًا حديث أبي سعيد الخدري[2] قال : «أجيح رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فتُصدِّق عليه فلم يبلغ وفاء دينه ، فقال رسول الله ﷺ : خُذُوا ما وَجَدتم وَلَيْس لَكَمْ إلَّا ذلكَ » قالوا : فلم يحكم بالجائحة .

فسبب الخلاف في هذه المسألة هو تعارض الآثار فيهما وتعارض مقاييس الشبه ، وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل ، فقال من منع الجائحة : يشبه أن يكون الأمر بها إنما ورد من قبل النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، قالوا : ويشهد لذلك أنه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لا يبيعوا الثمر إلا بعد أن يبدو صلاحه ، وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور[3] ، وقال من أجازها في حديث أبي

= والأمر بوضع الجوائح في صحيحه كما سبق .

(١) تقدم من حديث ابن عمر .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١١٩١ رقم ١٨ /١٥٥٦) ، وأبو داود (٣ /٧٤٥ رقم ٣٤٦٩) ، والترمذي (٣ /٤٤ رقم ٦٥٥) ، والنسائي (٧ /٢٦٥) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٩ رقم ٢٣٥٦) وغيرهم .

(٣) يعني في سبب نهي النبي ﷺ عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ، وقد تقدم تخريجه .

سعيد[1] : يمكن أن يكون البائع عديمًا فلم يقض عليه بجائحة أو أن يكون المقدار الذي أصيب من الثمر مقدارًا لا يلزم فيه جائحة ، أو أن يكون أصيب في غير الوقت الذي تجب فيه الجائحة ، مثل أن يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعي فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر ، وكان يضعفه ويقول : إنه اضطرب في ذكر وضع الجوائح فيه ، ولكنه قال : إن ثبت الحديث وجب وضعها في القليل والكثير ، ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش ، وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على إثباتها .

والكلام في أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر في أربعة فصول :

الأول : في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح .

الثاني : في محل الجوائح من المبيعات .

الثالث : في مقدار ما يوضع منه فيه .

الرابع : في الوقت الذي توضع فيه .

(١) تقدم تخريجه قريباً .

○ الفصل الأول ○

[في معرفة الأسباب الفاعلة للجوائح]

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن ، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة . وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة . وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة ، والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين : فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبًا كالجيش و لم ير ما كان منه بمغافصة[1] جائحة مثل السرقة ، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأى وجه كان ، فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله ﷺ : « أرأيتَ إنْ مَنَعَ اللّٰهُ الثَّمَرَةَ ؟»[2] ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية ، ومن استثنى اللص قال : يمكن أن يتحفظ منه .

---

(١) غافصه : أخذه على غرة .

(٢) تقدم من حديث أنس رضي الله عنه .

○ الفصل الثاني ○

[في محل الجوائح من المبيعات]

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول . فأما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب ، وأما البقول ففيها خلاف ، والأشهر فيها الجائحة . وإنما اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر .

○ الفصل الثالث ○

[في مقدار ما يوضع منه فيه]

وأما المقدار الذي تجب فيه الجائحة ، أما في الثمار فالثلث ، وأما في البقول فقيل : في القليل والكثير ، وقيل : في الثلث ، وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل وأشهب يعتبر الثلث في القيمة ، فإذا ذهب من الثمر عند أشهب ما قيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن ، وسواء كان ثلثًا في الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فإنه إذا ذهب من الثمر الثلث من الكيل ، فإن كان نوعًا واحدًا ليس تختلف قيمة بطونه حطّ عنه من الثمن الثلث ، وإن كان الثمر أنواعًا كثيرة مختلفة القيم ، أو كان بطونًا مختلفة القيم أيضًا ؛ اعتبر قيمة ذلك الثلث الذاهب من قيمة الجميع ، فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ، ففي موضع يعتبر المكيلة فقط . حيث تستوي القيمة في أجزاء الثمرة وبطونها ، وفي موضع يعتبر أمرين جميعًا حيث تختلف القيمة ، والمالكية يحتجون في مصيرهم إلى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقًا ، بأن القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير إذ كان معلومًا أن القليل يذهب من كل ثمر ، فكأن المشتري دخل على هذا الشرط بالعادة وإن لم يدخل بالنطق ، وأيضا فإن الجائحة التي علق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير . قالوا : وإذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث ، إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة ، وإن كان المذهب يضطرب في هذا الأصل ، فمرة يجعل الثلث من حيز الكثير كجعله إياه هٰـهنا ، ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب في أنه الفرق بين القليل والكثير ، والمقدرات يعسر إثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ، ولذلك قال

الشافعي : لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير ، وكون الثلث فرقًا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله ﷺ : « الثلث ، والثلث كثير »[1] .

(١) أخرجه البخاري (٥ /٣٦٣ رقم ٢٧٤٢) و (٥ /٣٦٩ رقم ٢٧٤٤) ، ومسلم (٣ /١٢٥٠ رقم ٥ /١٦٢٨) و (٣ /١٢٥٣ رقم ٨ /١٦٢٨) من حديث سعد ابن أبي وقاص . وسيأتي في الوصايا إن شاء الله .

○ الفصل الرابع ○

[في الوقت الذي توضع فيه]

وأما زمان القضاء بالجائحة ، فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذي يحتاج فيه إلى تبقية الثمر على رءوس الشجر ، حيث يستوفي طيبه . واختلفوا إذا أبقاه المشتري في الثمار ليبيعه على النضارة وشيئًا شيئًا ، فقيل : فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه ، وقيل : ليس فيه جائحة تفريقًا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه ، وذلك أن هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة ، فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ، ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة ، أعني : من رأى أن النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ، ومن لم ير الأمر فيهما واحدًا قال : ليس فيه جائحة ، ومن هـٰهنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

• **الجملة الثالثة من جمل النظر في الأحكام .**

وهو في تابعات المبيعات . ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان :

• **الأولى .**

بيع النخيل وفيها الثمر متى يتبع بيع الأصل ومتى لا يتبعه ؟

فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلًا فيها ثمر قبل أن يؤبر فإن الثمر للمشتري ، وإذا كان البيع بعد الإبار فالثمر للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل ، وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ باعَ نخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُها للبائِعِ إلَّا أنْ يَشْتَرِطَهُ

المُبْتاعُ »[1] قالوا : فلما حكم ﷺ بالثمن للبائع بعد الإبار ؛ علمنا بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الإبار بلا شرط ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : هي للبائع قبل الإبار وبعده ، ولم يجعل المفهوم هـٰهنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الأحرى والأولى ، قالوا : وذلك أنه إذا وجبت للبائع بعد الإبار فهي أحرى أن تجب له قبل الإبار . وشبهوا خروج الثمر بالولادة ، وكما أن من باع أمة لها ولد ، فولدها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع ، كذلك الأمر في الثمن . وقال ابن أبي ليلى : سواء أبر أو لم يؤبر إذا بيع الأصل فهو للمشتري اشترطها أو لم يشترطها ، فردّ الحديث بالقياس ؛ لأنه رأى أن الثمر جزء من المبيع ، ولا معنى لهذا القول إلا إن كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث ، وإنما خالف مفهوم الدليل فيه . فإذًا سبب الخلاف في هذه المسألة بين أبي حنيفة والشافعي ومالك ، ومن قال بقولهم: معارضة دليل الخطاب مفهوم الأحرى والأولى ، وهو الذي يسمى فحوى الخطاب ، لكنه هـٰهنا ضعيف ، وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبي ليلى فمعارضة القياس للسماع ، وهو كما قلنا ضعيف .

والإبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إناثها ، وفي سائر أن تنور وتعقد ، والتذكير في شجر التين التي تذكر في معنى الإبار ، وإبار الزرع مختلف فيه في المذهب ، فروى ابن القاسم عن مالك أن إباره أن يفرك ، قياسًا على سائر الثمر ، وهل الموجب لهذا الحكم هو الإبار أو وقت الإبار ؟ قيل : الوقت ، وقيل:الإبار ، وعلى هذا ينبني الاختلاف إذا أبر بعض النخل ولم يؤبر

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٤٠١ رقم ٢٢٠٤) ، ومسلم (٣ /١١٧٢ رقم ٨٠ /١٥٤٣) ، وأبو داود (٣ /٧١٦ رقم ٣٤٣٤) ، والنسائي (٧ /٢٩٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٥ رقم ٢٢١٠) ، وأحمد (٢ /٦، ٦٣) ، ومالك في الموطأ (٢ /٦١٧ رقم ٩) ، والبيهقي (٥ /٢٩٧، ٢٩٨) من حديث ابن عمر ، ويأتي في الذي بعده .

البعض ، هل يتبع ما لم يؤبر ما أبر أو لا يتبعه ؟ واتفقوا فيما أحسبه على أنه إذا بيع ثمر وقد دخل وقت الإبار فلم يؤبر ، أن حكمه حكم المؤبر .

• **المسألة الثانية** .

وهي اختلافهم في بيع مال العبد ، وذلك أنهم اختلفوا في مال العبد هل يتبعه في البيع والعتق ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن ماله في البيع والعتق لسيده ، وكذلك في المكاتب ، وبه قال الشافعي والكوفيون .

والثاني : أن ماله تبع له في البيع والعتق ، وهو قول داود وأبي ثور .

والثالث : أنه تبع له في العتق لا في البيع إلا أن يشترطه المشتري ، وبه قال مالك والليث .

فحجة من رأى أن ماله في البيع لسيده إلا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر[1] المشهور عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ باعَ عَبْدًا وَلَهُ مالٌ فَمالُهُ للَّذِي باعَهُ إلَّا أنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتاعُ » ومن جعله لسيده في العتق فقياسًا على البيع . وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال انبنت على كون العبد مالكًا عندهم وهي

---

(١) قلت : هذا والذي قبله حديث واحد ، رواه سالم بن عبد الله بن عمر ، عن أبيه عن النبي ﷺ قال : « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن ابتاع عبداً وله مال فماله للذي باعه إلا أن يشترط المبتاع » .
أخرجه البخاري (٥ /٤٩ رقم ٢٣٧٩) ، ومسلم (٣ /١١٧٣ رقم ٨٠ /١٥٤٣) ، وأبو داود (٣ /٧١٣ رقم ٣٤٣٣) ، والترمذي (٣ /٥٤٦ رقم ١٤٤) ، والنسائي (٧ /٢٩٧ رقم ٤٦٣٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٤٦ رقم ٢٢١١) ، وأحمد (٢ /٩ ، ٨٢ ، ١٥٠) ، والطيالسي (ص ٢٤٩ رقم ١٨٠٥) ، والدارمي مقتصراً على ذكر العبد (٢ /٢٥٣) ، وابن الجارود مفرقاً (رقم ٦٢٨ و ٦٢٩) ، والبيهقي (٥ /٣٢٤) وغيرهم .

مسألة اختلف العلماء فيها اختلافًا كثيرًا ، أعني : هل يملك العبد أو لا يملك ؟ ويشبه أن يكون هؤلاء إنما غلبوا القياس على السماع ؛ لأن حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالمًا ، لأن نافعًا رواه عن ابن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبي ﷺ وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع . وقال مالك في الموطأ : الأمر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع إذا اشترط مال العبد فهو له نقدًا كان أو عرضًا أو دينا . وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال : « مَنْ أَعْتَقَ غُلَامًا فَمَالُهُ لَهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَثْنِيَهُ سَيِّدُهُ »[1] ويجوز عند مالك أن يشتري العبد وماله بدراهم ، وإن كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم . وخالفه أبو حنيفة والشافعي إذا كان مال العبد نقدًا ، وقالوا : العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لا يجوز فيهما إلا ما يجوز في سائر البيوع . واختلف أصحاب مالك في اشتراط

(١) أخرجه أبو داود (٤ /٢٧٠ رقم ٣٩٦٢) ، وابن ماجه (٢ /٨٤٥ رقم ٢٥٢٩) ، والدارقطني (٤ /١٣٣ رقم ٣١) ، والبيهقي (٥ /٣٢٥) .
من طريق ابن وهب ، أخبرني ابن لهيعة والليث بن سعد ، عن عبيد الله بن أبي جعفر ، عن بُكير بن الأشج عن نافع ، عن عبد الله بن عمر ، عن رسول الله ﷺ قال : « من أعتق عبداً فماله له إلا أن يشترط السيد ماله ، فيكون له » .
قال ابن ماجه : (وقال ابن لهيعة : إلا أن يستثنيه السيد) قال البيهقي : « وهذا بخلاف رواية الجماعة عن نافع ، فقد رواه الحفاظ عن نافع عن ابن عمر عن عمر كما تقدم » يعني : في البيع .
قلت : وهذا إسناد صحيح على شرط الشيخين ، من طريق الليث ، وأما ابن لهيعة ، فإنه سيء الحفظ ، ولكنه مقرون .
وأما تضعيف أحمد لعبيد الله بن أبي جعفر ، فهو رواية عنه ، وقد ذكر الذهبي في الميزان (٣ / ٤) نحوها . وقال : « وروى عبد الله بن أحمد عن أبيه : ليس به بأس » وهذا هو الأرجح الموافق لكلام الأئمة الآخرين ، فقد قال أبو حاتم والنسائي وابن سعد : « ثقة » ، واحتج به الشيخان . انظر « الجمع بين رجال الصحيحين » لابن القيسراني (١ /٣٠٥ رقم ١١٦٥) .
والخلاصة أن الحديث صحيح . وقد صححه الألباني في الإرواء (رقم ١٧٤٩) .

المشتري لبعض مال العبد في صفقة البيع ، فقال ابن القاسم : لا يجوز ، وقال أشهب : جائز أن يشترط بعضه ، وفرق بعضهم فقال : إن كان ما اشترى به العبد عينًا وفي مال العبد عين ، لم يجز ذلك ؛ لأنه يدخله دراهم بعرض ودراهم ، وإن كان ما اشترى به عروضًا أو لم يكن في مال العبد دراهم جاز . ووجه قول ابن القاسم إنه لا يجوز أن يشترط بعض تشبيهه بثمر النخل بعد الإبار . ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل ، وفي هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه .

ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذي انعقد عليه البيع بعد البيع بما يرضى به المتبايعان ، أعني : أن يزيد المشتري البائع بعد البيع على الثمن الذي انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع ، هل يتبع حكم الثمن أم لا ؟ وفائدة الفرق أن من قال : هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما أشبه ذلك ، وأيضًا من جعلها في حكم الثمن الأول إن كانت فاسدة البيع ، ومن لم يجعلها من الثمن ، أعني : الزيادة لم يوجب شيئًا من هذا ، فذهب أبو حنيفة إلى أنها من الثمن إلا أنه قال : لا تثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المرابحة ، بل الحكم للثمن الأول ، وبه قال مالك ، وقال الشافعي : لا تلحق الزيادة والنقصان بالثمن أصلًا وهو في حكم الهبة ، واستدل من ألحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل : ﴿ **ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة** ﴾[1] قالوا : وإذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن . واحتج الفريق الثاني باتفاقهم على أنها لا تلحق في الشفعة ؛ وبالجملة من رأى أن العقد الأول قد تقرر قال : الزيادة هبة ، ومن رأى أنها فسخ للعقد الأول وعقد ثان عدها من الثمن .

---

(١) النساء : (٢٤) .

• **الجملة الرابعة .**

وإذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا في مقدار الثمن و لم تكن هناك بينة ، ففقهاء الأمصار متفقون على أنهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل ، أعني : في الوقت الذي يحكم فيه بالأيمان والتفاسخ ، فقال أبو حنيفة وجماعة : إنهما يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت عين السلعة ، فإن فاتت فالقول قول المشتري مع يمينه . وقال الشافعي ، ومحمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة ، وأشهب صاحب مالك : يتحالفان في كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان: إحداهما : أنهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض ، القول قول المشتري . والرواية الثانية مثل قول أبي حنيفة ، وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغيير الأسواق ، وبزيادة المبيع ونقصانه . وقال داود وأبو ثور : القول قول المشتري على كل حال ، وكذلك قال زفر ، إلا أن يكونا اختلفا في جنس الثمن ، فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ، ولا خلاف أنهم إذا اختلفوا في جنس الثمن أو المثمون أن الواجب هو التحالف والتفاسخ ، وإنما صار فقهاء الأمصار إلى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف في عدد الثمن لحديث ابن مسعود[1] أن رسول الله ﷺ قال : « أَيُّمَا بَيِّعَيْن تَبايعا فالْقَوْلُ قَوْلُ البائِعِ أَوْ يَترادَّانِ » فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال : يتحالفان في كل حال ويتفاسخان ، والعلة في ذلك عنده أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث إنما يجب أن يحمل على الحالة التي يجب أن يتساوى فيها دعوى البائع والمشتري ؛ قال : إذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهدا للمشتري وشبهة لصدقه ، واليمين إنما يجب على أقوى المتداعيين شبهة ؛ وهذا هو أصل مالك في الأيمان ، ولذلك يوجب في مواضع اليمين على المدعي ، وفي مواضع على المدعى عليه ، وذلك أنه لم يجب اليمين بالنص على المدعى عليه

---

(١) تقدم تخريجه في الباب الأول في العقد .

من حيث هو مدعى عليه ، وإنما وجبت عليه من حيث هو في الأكثر أقوى شبهة ، فإذا كان المدعي في مواطن أقوى شبهة ، وجب أن يكون اليمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشتري ، فإنه رأى أن البائع مقر للمشتري بالشراء ومدّع عليه عددًا ما في الثمن . وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود ؛ لأنه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخاري ومسلم ، وإنما خرجه مالك .
وعن مالك : إذا نكل المتبايعان عن الأيمان روايتان : **إحداهما** : الفسخ ، **والثانية** : أن القول قول البائع . وكذلك من يبدأ باليمين في المذهب فيه خلاف ، فالأشهر البائع على ما في الحديث ، وهل إذا وقع التفاسخ يجوز لأحدهما أن يختار قول صاحبه ؟ فيه خلاف في المذهب .

القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع

وهو النظر في حكم البيع الفاسد إذا وقع ، فنقول : اتفق العلماء على أن البيوع الفاسدة إذا وقعت و لم تفت بإحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ، أن حكمها الرد ، أعني : أن يرد البائع الثمن والمشتري المثمون . واختلفوا إذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة ، وكذلك إذا نمت أو نقصت ، فقال الشافعي : ليس ذلك كله فوتًا ولا شبهة ملك في البيع الفاسد وأن الواجب الرد ، وقال مالك : كل ذلك فوت يوجب القيمة ، إلا ما روى عنه ابن وهب في الربا أنه ليس بفوت ، ومثل ذلك قال أبو حنيفة . والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم إلى محرمة وإلى مكروهة ، فأما المحرمة فإنها إذا فاتت مضت بالقيمة . وأما المكروهة فإنها إذا فاتت صحت عنده ، وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك ، فالشافعية تشبه المبيع الفاسد ، لمكان الربا والغرر بالفاسد ؛ لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندهم فيه فوت ، ومالك يرى أن النهي في هذه الأمور إنما هو لمكان عدم العدل فيها ، أعني بيوع الربا والغرر ، فإذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة ؛ لأنه قد تقبض السلعة وهي تساوي ألفا وتردّ وهي تساوي خمسمائة أو بالعكس ، ولذلك يرى مالك حوالة الأسواق فوتا في المبيع الفاسد ، ومالك يرى في البيع والسلف أنه إذا فات وكان البائع هو المسلف رد المشتري القيمة ما لم تكن أزيد من الثمن ؛ لأن المشتري قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل أن يرد أكثر من ذلك ، وإن كان المشتري هو الذي أسلف البائع فقد حط البائع عنه من الثمن

لمكان السلف ، فإذا وجبت على المشتري القيمة ردها ما لم تكن أقل من الثمن ؛ لأن هذه البيوع إنما وقع المنع فيها لمكان ما جعل فيها من العوض مقابل السلف الذي هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ، ومالك في هذه المسألة أفقه من الجميع . واختلفوا إذا ترك الشرط قبل القبض ، أعني : شرط السلف ، هل يصح البيع أم لا ؟ فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء : البيع مفسوخ ، وقال مالك وأصحابه : البيع غير مفسوخ إلا ابن عبد الحكم قال : البيع مفسوخ . وقد روي عن مالك مثل قول الجمهور . وحجة الجمهور أن النهي يتضمن فساد المنهي ، فإذا انعقد البيع فاسدًا لم يصححه بعد رفع الشرط الذي من قبله وقع الفساد ، كما أن رفع السبب المفسد في المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضي عودة الشيء إلى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود ، فاعلمه . وروي أن محمد ابن أحمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة إسماعيل بن إسحاق المالكي فقال له : ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلامًا بمائة دينار وزق خمر ، فلما انعقد البيع بينهما قال : أنا أدع الزق ، وهذا البيع مفسوخ عند العلماء بإجماع ، فوجب أن يكون بيع السلف كذلك ، فجاوب عن ذلك بجواب لا تقوم به حجة ، وقد تقدم القول في ذلك . وإذ قد انقضى القول في أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة ، وفي أصول أحكام البيوع الصحيحة ، وأصول الأحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أو لكثير منها فلنصر إلى ما يخص واحدًا واحدًا من هذه الأربعة الأجناس ، وذلك بأن نذكر منها ما يجري مجرى الأصول .

□ ٢٧ - كتاب الصرف □

ولما كان يخص هذا البيع شرطان : **أحدهما** : عدم النسيئة وهو الفور ، **والآخر** : عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الباب ينحصر في خمسة أجناس :

الأول : في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة .

الثاني : في معرفة ما هو مماثل مما ليس بمماثل ، إذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف .

الثالث : فيما وقع أيضًا من هذا البيع بصورة مختلف فيها ، هل هو ذريعة إلى أحد هذين ، أعني : الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه ، وهذا ينقسم أيضا إلى نوعين كانقسام أصله .

الخامس : في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان ، أعني : عدم النساء والتفاضل أو كليهما ، وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة .

وأنت إذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذي يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة إلى هذه الأجناس الخمسة ، أو إلى ما تركب منها ما عدا المسائل التي يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب ، مثل إدخال الملكية في الصرف مسائل كثيرة هى من باب الاقتضاء في السلف ، لكن لما كان الفاسد منها يؤول إلى أحد هذين الأصلين ، أعني : إلى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة

والمجموعة والفرادى بعضها من بعض ، لكن لما كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التي هي منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجري مجرى الأصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب ، فإن هذا الكتاب إنما وضعناه ليبلغ به المجتهد في هذه الصناعة رتبة الاجتهاد إذا حصّل ما يجب له أن يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقة ، ويكفي من ذلك ما هو مساوٍ لجرم هذا الكتاب أو أقل ، وبهذه الرتبة يسمى فقيهًا ، لا بحفظ مسائل الفقه ولو بلغت في العدد أقصى ما يمكن أن يحفظه إنسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الأفقه هو الذي حفظ مسائل أكثر ، وهؤلاء عرض لهم شبيه ما يعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها ، وهو بيِّن أن الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه إنسان بقدم لا يجد في خفافه ما يصلح لقدمه ، فيلجأ إلى صانع الخفاف ضرورة ، وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه ، فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت .

وإذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع إلى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

• المسألة الأولى .

أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لا يجوز إلا مثلًا بمثل يدا بيد ، إلا ما روي عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فإنهم أجازوا بيعه متفاضلًا ومنعوه نسيئة فقط ، وإنما صار بن عباس لذلك لما رواه عن أسامة ابن زيد عن النبي ﷺ أنه قال : « لارِبا إلَّا في النَّسيئة » وهو حديث صحيح[1] ، فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا إلا في النسيئة .

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٣٨١ رقم ٢١٧٨) ، ومسلم (٣ /١٢١٧ -١٢١٨ رقم =

وأما الجمهور فصاروا إلى ما رواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري[1] أن رسول الله ﷺ قال : « لا تَبِيعُوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الفضة بالفضة إلا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض ، ولا تبيعوا منها شيئا غائبا بناجز » وهو من أصح ما روي في هذا الباب . وحديث عبادة بن الصامت[2] حديث صحيح أيضًا في هذا الباب ، فصار الجمهور إلى هذه الأحاديث إذ كانت نصًا في ذلك . وأما حديث ابن عباس[3] فإنه ليس نص في ذلك لأنه روي فيه لفظان : **أحدهما** : أنه قال : « إنما الربا في النسيئة » وهذا ليس يفهم منه إجازة التفاضل إلا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ، ولا سيما إذا عارضه النص . **وأما اللفظ الآخر** : وهو « لا ربا إلا في النسيئة » فهو أقوى من هذا اللفظ ؛ لأن ظاهره يقتضي أن ما عدا النسيئة فليس بربا ، لكن يحتمل أن يريد بقوله : « لاربا إلا في النسيئة » من جهة أن الواقع في الأكثر ، وإذا كان هذا محتملا والأول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما . وأجمع الجمهور على أن مسكوكه وتبره ومصوغه سواء

= ١٠١، ١٠٢، ١٠٤/ ١٥٩٦) .
وقد تقدم تخريجه أوائل البيوع .

(١) أخرجه البخاري (٤/٣٧٩ رقم ٢١٧٧) ، ومسلم (٣/١٢٠٨ رقم ١٥٨٤/٧٥) .
وقد تقدم تخريجه . في الفصل الثالث : في معرفة ما يجوز فيه الأمران جميعاً .

(٢) تقدم تخريجه في الفصل الأول : في معرفة الأشياء التي لا يجوز فيها التفاضل ، ولا يجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك .

(٣) أخرجه مسلم (٣ /١٢١٨ رقم ١٠٢ /١٥٩٦) ، والنسائي (٧ /٢٨١) ، وابن ماجه (٢ /٧٥٨ رقم ٢٢٥٧) .
بلفظ « إنما الرِّبَا في النسيئة » .
وأخرجه الدارمي (٢ /٢٥٩) بلفظ « إنما الربا في الدين » .
وأخرجه البخاري (٤ /٣٨١ رقم ٢١٧٨) وغيره بلفظ « لا ربا إلا في النسيئة »
وقد تقدم في الباب الثاني في بيوع الربا .

في منع بيع بعضه ببعض متفاضلًا ؛ لعموم الأحاديث المتقدمة في ذلك ، إلا معاوية فإنه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة ، وإلَّا ما روي عن مالك أنه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقة أو دراهمه ، فقال : إذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فأرجو أن لا يكون بهَ بأس ، وبه قال ابن القاسم من أصحابه ، وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور العلماء . وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوازن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لا يجوز على جهة المعروف .

• المسألة الثانية .

اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة ، أو بالذهب وفيه حلية ذهب ، فقال الشافعي : لا يجوز ذلك ؛ لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب ، وقال مالك : إن كان قيمة ما فيه من الذهب أو الفضة الثلث فأقل ؛ جاز بيعه ، أعني : بالفضة إن كانت حليته فضة ، أو بالذهب إن كانت حليته ذهبًا وإلا لم يجز ، وكأنه رأى أنه إذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كأنها هبة ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة إذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف ، وكذلك الأمر في بيع السيف المحلى بالذهب ، لأنهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ، ويبقى الفضل قيمة السيف . وحجة الشافعي عموم الأحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الأنصاري أنه قال : « أتي رسول الله ﷺ وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المغانم تباع ، فأمر رسول الله ﷺ بالذهب الذي في القلادة ينزع وحده ، ثم قال لهم رسول الله ﷺ: الذهب بالذهب وزنا بوزن »

خرجه مسلم[1] . وأما معاوية كما قلنا فأجاز ذلك على الإطلاق ، وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال : لا أسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث .

• المسألة الثالثة .

اتفق العلماء على أن من شرط الصرف أن يقع ناجزًا . واختلفوا في الزمان الذي يحد هذا المعنى ، فقال أبو حنيفة والشافعي : الصرف يقع ناجزًا ما لم يفترق المتصارفان تعجل أو تأخر القبض ، وقال مالك : إن تأخر القبض في المجلس ؛ بطل الصرف وإن لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه .

وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله ﷺ : « إلا هاء وهاء »[2] وذلك أن هذا يختلف بالأقل والأكثر ، فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن لم يفترق من المجلس ، أعني أنه يطلق عليه أنه باع هاء وهاء ؛ قال : يجوز التأخير في المجلس ، ومن رأى أن اللفظ لا يصح إلا إذا وقع القبض من المتصارفين على الفور ؛ قال : إن تأخر القبض عن العقد في المجلس ، بطل الصرف ، لاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار ، إلا ما حكي عن أبي ثور : أنه أجاز فيه الخيار . واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما ، فمرة قيل فيه : إنه مثل الذي يقع بالاختيار ، ومرة قيل : إنه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

---

(١) في صحيحه (٣ /١٢١٣ رقم ٨٩ /١٥٩١) و (٣ /١٢١٣ رقم ٩٠ /١٥٩١) ، قلت : وأخرجه أبو داود (٣ /٦٤٧ -٦٥٠ رقم ٣٣٥١ و ٣٣٥٢ و ٣٣٥٣) ، والترمذي (٣ /٥٥٦ رقم ١٢٥٥) ، والنسائي (٧ /٢٧٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٥٤) ، والدارقطني (٣ /٣ رقم ١ و ٢) ، والبيهقي (٥ /٢٩١ و ٢٩٢) ، وأحمد (٦ /٢١) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٧١ ، ٧٢ ، ٧٣) ، وفي المشكل (٤ /٢٤٣ -٢٤٤) من طرق .

(٢) تقدم تخريجه من حديث عمر بن الخطاب في أوائل البيوع .

• المسألة الرابعة .

اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها درهما زائفا ، فأراد رده ، فقال مالك : ينتقض الصرف ، وإن كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه إلى صرف دينار ، فإن زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر ، وهكذا ما بينه وبين أن ينتهي إلى صرف دينار . قال : وإن رضي بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء . وقال أبو حنيفة : لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ، ويجوز تبديله إلا أن تكون الزيوف نصف الدراهم أو أكثر ، فإن ردها بطل الصرف في المردود . وقال الثوري : إذا رَدَّ الزيوف كان مخيرا إن شاء أبدلها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير ، أعني : لصاحب الدنانير . وقال أحمد : لا يبطل الصرف بالرد قليلًا كان أو كثيرًا . وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل في الصرف ، وهو مبني على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولاسيما في البعض وهو أحسن . وعن الشافعي في بطلان الصرف بالزيوف قولان ، فيتحصل لفقهاء الأمصار في هذه المسألة أربعة أقوال :

قول بإبطال الصرف مطلقًا عند الرد .

وقول بإثبات الصرف ووجوب البدل .

وقول بالفرق بين القليل والكثير .

وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكًا له .

وسبب الخلاف في هذا كله : هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة ؟ وإن كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير ؟ وأما وجود النقصان فإن المذهب اضطرب فيه ، فمرة قال فيه : إنه إن رضي بالنقصان جاز الصرف ، وإن طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ، ومرة قال : يبطل الصرف وإن رضي به ، وهو ضعيف . واختلفوا أيضًا إذا

قبض بعض الصرف وتأخر بعضه ، أعني : الصرف المنعقد على التناجز ، فقيل : يبطل الصرف كله ، وبه قال الشافعي ، وقيل : يبطل منه المتأخر فقط ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد وأبو يوسف ، والقولان في المذهب ، ومبنى الخلاف ، الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها ، أو الحرام منها فقط ؟.

• **المسألة الخامسة** .

أجمع العلماء على أن المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة ، وإن اختلف العدد لاتفاق الوزن ، وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة . واختلفوا في المراطلة في موضعين : **أحدهما** : أن تختلف صفة الذهبين . **والثاني** : أن ينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الآخر أن يزيد بذلك عرضًا أو دراهم إن كانت المراطلة بذهب ، أو ذهبًا إن كانت المراطلة بدراهم ، فذهب مالك ، أما في الموضع الأول ، وهو أن يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة أنه متى راطل بأحدهما بصنف من الذهب الواحد وأخرج الآخر ذهبين أحدهما أجود من ذلك الصنف الواحد ، والآخر أردأ ، فإن ذلك عنده لا يجوز ، وإن كان الصنف الواحد من الذهبين ، أعني : الذي أخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين اللذين أخرجهما الآخر أو أردأ منهما معًا ، أو مثل أحدهما وأجود من الثاني ؛ جازت المراطلة عنده . وقال الشافعي : إذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك . وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين : يجوز جميع ذلك . وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام ، وهو مصير إلى القول بسدّ الذرائع ، وذلك أنه يتهم أن يكون المراطل إنما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلًا ، فكأنه أعطى جزءًا من الوسط بأكثر منه من الأردأ ، أو بأقل منه من الأعلى ، فيتذرع من ذلك إلى بيع الذهب بالذهب متفاضلًا ، مثال ذلك أن إنسانًا قال لآخر : خذ مني خمسة وعشرين مثقالاً وسطًا بعشرين من الأعلى ، فقال : لا يجوز هذا لنا ،

ولكن أعطيك عشرين من الأعلى وعشرة أدنى من ذهبك ، وتعطيني أنت ثلاثين من الوسط ، فتكون العشرة الأدنى يقابلها خمسة من ذهبك ، ويقابل العشرين من ذهب الوسط العشرين من ذهبك الأعلى . وعمدة الشافعي اعتبار التفاضل الموجود في القيمة ، وعمدة أبي حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ، ورد القول بسد الذرائع ، وكمثل اختلافهم في المصارفة التي تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التي تكون بالعدد ، أعني : إذا اختلفت جودة الذهبين أو الأذهاب . وأما اختلافهم إذا نقصت المراطلة ، فأراد أحدهما أن يزيد شيئًا آخر مما فيه الربا ، أو مما لاربا فيه ، فقريب من هذا الاختلاف ، مثل أن يراطل أحدهما صاحبه ذهب بذهب ، فينقص أحد الذهبين عن الآخر ، فيريد الذى نقص ذهبه أن يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضًا ، فقال مالك والشافعي والليث : إن ذلك لا يجوز والمراطلة فاسدة ، وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون ، وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل للعرض . وعمدة مالك التهمة في أن يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلًا . وعمدة الشافعي عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذي بالفضل ، ومثل هذا يختلفون إذا كانت المصارفة بالعدد .

• **المسألة السادسة .**

واختلفوا في الرجلين يكون لأحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم ، هل يجوز أن يتصارفاها وهي في الذمة ؟ فقال مالك : ذلك جائز إذا كانا قد حلا معًا ، وقال أبو حنيفة : يجوز في الحال وفي غير الحال ، وقال الشافعي والليث : لا يجوز ذلك حلّا أو لم يحلّا . وحجة من لم يجزه أنه غائب بغائب ، وإذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لا يجوز غائب بغائب ، وأما مالك فأقام حلول الأجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز ، وإنما اشترط أن يكونا حالين معًا ، لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين . وبقول الشافعي قال ابن وهب وابن كنانة

من أصحاب مالك ، وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ما ليس عندهما إذا دفعه أحدهما إلى صاحبه قبل الافتراق ، مثل أن يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق ، فأجاز ذلك الشافعي وأبو حنيفة ، وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من الطرف الواحد ، أعني : إذا كان أحدهما هو المستقرض فقط . وقال زفر : لا يجوز ذلك إلا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم إلى أجل ، هل يأخذ فيها إذا حل الأجل ذهبًا أو بالعكس ؟ فذهب مالك إلى جواز ذلك إذا كان القبض قبل الافتراق ، وبه قال أبو حنيفة ، إلا أنه أجاز ذلك وإن لم يحلّ الأجل ، ولم يجز ذلك جماعة من العلماء ، سواء كان الأجل حالا أو لم يكن ، وهو قول ابن عباس وابن مسعود . وحجة من أجاز ذلك ؛ حديث ابن عمر قال : « كنت أبيع الإبل بالبقيع ، أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، فسألت عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : لا بأْسَ بِذلكَ إذَا كانَ بِسِعْرِ يَوْمِهِ » خرجه أبو داود[1] .

---

(١) في السنن (٣ /٦٥٠ رقم ٣٣٥٤) .
قلت : وأخرجه أحمد (٢ /١٣٩) ، والترمذي (٣ /٥٤٤ رقم ١٢٤٢) ، والنسائي (٧/٢٨٣) ، وابن ماجه (٢/٧٦٠ رقم ٢٢٦٢) ، وابن الجارود (رقم ٦٥٥) ، والدارقطني (٣/٢٣ رقم ٨١) ، والحاكم (٢/ ٤٤) ، والبيهقي (٥ /٢٨٤ و ٣١٥) ، والطحاوي في المشكل (٢ /٩٦) ، وابن حبان (صـ٢٧٥ رقم ١١٢٨) ، والطيالسي (ص ٢٥٥ رقم ١٨٦٨) .
قال الترمذي : « هذا حديث لا نعرفه مرفوعاً إلا من حديث سماك بن حرب ، عن سعيد ابن جبير ، عن ابن عمر . وروى داود بن أبي هند هذا الحديث عن سعيد بن جبير ، عن ابن عمر موقوفاً » .
وقال الحاكم : « صحيح على شرط مسلم » ، ووافقه الذهبي .
قلت : علة هذا الحديث هو : سماك بن حرب ، فقد كان يقبل التلقين ، وقد خولف سماك في رفعه .

وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد[1] وغيره « ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » .

• المسألة السابعة .

اختلف في البيع والصرف في مذهب مالك ، فقال : إنه لا يجوز إلا أن يكون أحدهما الأكثر والآخر تبع لصاحبه ، وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير ، وقيل : إن كان الصرف في دينار واحد ؛ جاز كيفما وقع ، وإن كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعًا للآخر في الجواز ، فإن كانا معًا مقصودين ؛ لم يجز ، وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود ؛ لأنه ليس في ذلك ما يؤدي إلى ربا ولا إلى غرر .

= قال البيهقي : « تفرد به سماك بن حرب ، عن سعيد بن جبير ، من بين أصحاب ابن عمر » .
والخلاصة أن الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في الإرواء (رقم ١٣٢٦) .

(١) تقدم تخريجه من حديث أبي سعيد في أوائل البيوع .

□ ٢٨ - كتاب السلم □

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب :

الباب الأول : في محله وشروطه .

الباب الثاني : فيما يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير .

الباب الثالث : في اختلافهم في السلم .



الباب الأول

[في محله وشروطه]

أما محله ، فإنهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن ، لما ثبت من حديث ابن عباس[1] المشهور قال : « قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسْلمون في التمر السنتين والثلاث ، فقال رسول الله ﷺ : مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ في ثَمَنٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت في الذمة ، وهي الدور والعقار . وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها ، فمنع ذلك داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرًا إلى ظاهر هذا الحديث ، والجمهور على أنه جائز في العروض التي تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة ، فمن ذلك الحيوان والرقيق ، فذهب مالك والشافعي والأوزاعي والليث : إلى أن السلم فيهما جائز ، وهو قول ابن عمر من الصحابة . وقال أبو حنيفة والثوري وأهل العراق : لا يجوز السلم في الحيوان ، وهو قول ابن مسعود . وعن عمر في ذلك قولان . وعمدة أهل العراق

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٤٢٩ رقم ٢٢٤٠ و ٢٢٤١) ، ومسلم (٣ /١٢٢٦ رقم ١٢٧ /١٦٠٤) ، وأبو داود (٣ /٧٤١ رقم ٣٤٦٣) ، والترمذي (٣ /٦٠٢ رقم ١٣١١) ، والنسائي (٧ /٢٩٠) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٥ رقم ٢٢٨٠) ، وابن الجارود (رقم ٦١٤ و ٦١٥) ، والدارمي (٢ /٢٦٠) ، والبيهقي (٦ /١٨، ١٩) ، وأحمد (١ /٢١٧، ٢٢٢، ٢٨٢، ٣٥٨) ، والحميدي (١ /٢٣٧ رقم ٥١٠) ، والدارقطني (٣ /٤) ، والبغوي في شرح السنة (٨ /١٧٣) ، والشافعي في الرسالة (ص ٣٣٧ -٣٣٨) ، وفي ترتيب المسند (٢ /١٦١) .

في ذلك ما روي عن ابن عباس[1] « أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان » وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الأول . وربما احتجوا أيضًا بنهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[2] . وعمدة من أجاز السلم في الحيوان ما روي عن ابن عمر[3] « أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشًا ، فنفدت الإبل ، فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة ، فأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » . وحديث أبي رافع[4] أيضًا« أن النبي ﷺ استسلف بَكْرًا » قالوا : وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة .

فسبب اختلافهم شيئان : **أحدهما** : تعارض الآثار في هذا المعنى . **والثاني** : تردد الحيوان بين أن يضبط بالصفة أو لا يضبط ، فمن نظر إلى تباين

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣ /٧١ رقم ٢٦٨) ، والحاكم (٢ /٥٧) .
قال الحاكم : حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه . ووافقه الذهبي . وقال صاحب التنقيح : وإسحاق بن إبراهيم بن جوتي ، قال فيه ابن حبان : منكر الحديث جداً ، يأتي عن الثقات بالموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب . انظر (نصب الراية) (٤ /٤٦).
قلت : والأظهر أن الجرح هذا هو في إسحاق بن إبراهيم الطبري الصنعاني . وهو غير ابن جوتي . كما قاله ابن حجر في اللسان (١ /٣٤٤) .

(٢) تقدم تخريجه من حديث جابر في أوائل البيوع .

(٣) قلت : كذا قال : عن ابن عمر ، والصواب (عبد الله بن عمرو بن العاص) وتقدم تخريجه في أوائل البيوع .

(٤) أخرجه مسلم (٣ /١٢٢٤ رقم ١١٨ /١٦٠٠) ، وأبو داود (٣ /٦٤١ رقم ٣٣٤٦) ، والترمذي (٣ /٦٠٩ رقم ١٣١٨) ، والنسائي (٧ /٢٩١) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٧ رقم ٢٢٨٥) ، ومالك (٢ /٦٨٠ رقم ٨٩) ، والطيالسي (صـ١٣٠ رقم ٩٧١) ، والدارمي (٢ /٢٥٤) ، وأحمد (٦ /٣٩٠) ، والبيهقي (٦ /٢١) وغيرهم ، عنه .
قال : « استسلف النبي ﷺ بَكْراً فجاءته إبل الصدقة ، فأمرني أن أقضيَ الرجل بَكْرَهُ ، فقلت : إني لم أجد في الإبل إلا جملاً خِياراً رِباعِياً. فقال: أعْطِهِ إياه فإنَّ من خير الناس أحسنهم قضاءً » .

الحيوان في الخلق والصفات ، وبخاصة صفات النفس ، قال : لا تنضبط ، ومن نظر إلى تشابهها قال : تنضبط . ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك ، فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض ، وأجازه مالك بالعدد ، وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعي ، ومنعه أبو حنيفة ، وكذلك السلم في الرءوس والأكارع ، أجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة . واختلف في ذلك قول أبي حنيفة والشافعي ، وكذلك السلم في الدر والفصوص ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي ، وقصدنا من هذه المسائل إنما هو الأصول الضابطة للشريعة لا إحصاء الفروع ؛ لأن ذلك غير منحصر .

• **وأما شروطه .**

فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها ، فأما المجمع عليها فهي ستة :

منها : أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء ، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء ، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله ، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة ، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء .

ومنها : أن يكون مقدرًا إما بالكيل أو بالوزن أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير ، أو منضبطًا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة .

ومنها : أن يكون موجودًا عند حلول الأجل .

ومنها : أن يكون الثمن غير مؤجل أجلًا بعيدًا ، لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ ، هذا في الجملة . واشترطوا في اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أن لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقًا ، فأجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة ، وأجاز تأخيره بلا شرط . وذهب أبو حنيفة إلى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف ، فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة :

أحدها : الأجل ، هل هو شرط فيه أم لا ؟.

والثاني : هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجودًا في حال عقد السلم أم لا ؟.

والثالث : اشتراط مكان دفع المسلم فيه .

والرابع : أن يكون الثمن مقدرًا إما مكيلًا وإما موزونًا وإما معدودًا وأن لا يكون جزافًا .

فأما الأجل فإن أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك ، وأما مالك فالظاهر من مذهبه ، والمشهور عنه أنه من شرط السلم ، وقد قيل : إنه يتخرّج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحالّ . وأما اللخمي فإنه فصل الأمر في ذلك فقال : إن السلم في المذهب يكون على ضربين : سلم حالّ : وهو الذي يكون من شأنه بيع تلك السلعة ، وسلم مؤجل : وهو الذي يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الأجل شيئان : ظاهر حديث ابن عباس[1] ، والثاني : أنه إذا لم يشترط فيه الأجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهي عنه[2] . وعمدة الشافعي أنه إذا جاز مع الأجل فهو حالًا أجوز ؛ لأنه أقل غررًا ، وربما استدلت الشافعية بما روي : « أن النبي ﷺ اشترى جملًا من أعرابي بوسق تمر ، فلما دخل البيت لم يجد التمر ، فاستقرض النبي ﷺ تمرًا وأعطاه إياه »[3]. قالوا : فهذا هو شراء حالّ بتمر في الذمة ، وللمالكية من

(١) يريد قوله : « قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسْلِمُونَ في التمر » الحديث ، وقد تقدمَ في أول الباب .

(٢) تقدم النهي عن ذلك من حديث حكيم بن حزام وغيره .
في الفصل الأول : فيما يشترط فيه القبض من المبيعات .

(٣) أخرجه أحمد (٦ /٢٦٨ -٢٦٩) ، والبزار (٢ /١٠٥ رقم ١٣٠٩ - كشف الأستار) ، والحاكم (٢ /٣٢) ، والبيهقي (٦ /٢٠) .
من حديثِ هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة قالت : « اشترى رسول الله ﷺ =

طريق المعنى أن السلم إنما جوز لموضع الارتفاق [illegible]
الثمن لاسترخاص المسلم فيه ، والمسلم إليه [illegible]
يشترط الأجل زال هذا المعنى . واختلفوا في الأجل [illegible]

أحدهما : هل يقدر بغير الأيام والشهور [illegible] القطاف والحصاد والموسم ؟.

والثاني : في مقداره من الأيام . وتحصيل مذهب مالك في مقداره من الأيام أن المسلم فيه على ضربين : ضرب يقتضى بالبلد المسلم فيه ، وضرب يقتضي بغير البلد الذي وقع فيه السلم ، فإن اقتضاه في البلد المسلم فيه ، فقال ابن القاسم : إن المعتبر في ذلك أجل تختلف فيه الأسواق ، وذلك خمسة عشر يومًا أو نحوها .

وروى ابن وهب عن مالك أنه يجوز اليومين والثلاثة ، وقال ابن عبد الحكم : لا بأس به إلى اليوم الواحد . وأما ما يقتضى ببلد آخر ، فإن الأجل

= جزوراً من أعرابي بوسق تمر عجوة ، فطلب رسول الله ﷺ عند أهله تمراً فلم يجده ، فذكر ذلك للأعرابي فصاح الأعرابي : واغدراه ، فقال أصحاب رسول الله ﷺ : بل أنت يا عدو الله أغدر ، فقال رسول الله ﷺ : « دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً . فأرسل رسول الله ﷺ إلى خولة بنت حكيم وبعث بالأعرابي مع الرسول فقال : قل إني ابتعت هذا الجزور من هذا الأعرابي بوسق تمر عجوة فلم أجده عند أهلي ، فأسلفيني وسق تمر عجوة لهذا الأعرابي ، فلما قبض الأعرابي حقه رجع إلى النبي ﷺ ، فقال له : قبضت . قال : نعم ، وأوفيت وأطبت ، فقال رسول الله ﷺ أولئك خيار الناس الموفون المطيبون » لفظ الثلاثة . أما الحاكم فذكره مختصراً .
قال الهيثمي في « المجمع » (٤ /١٣٩) : رواه أحمد والبزار وإسناد أحمد صحيح .
وقال الحاكم : هذا حديث صحيح على شرط مسلم . وتعقبه الذهبي بقوله : يحيى ضعيف ولم يخرج له أحد .
قلت : الحديث صحيح إن شاء الله .

عندهم فيه هو قطع المسافة التي بين البلدين قلّت أو كثرت ، وقال أبو حنيفة : لا يكون أقل من ثلاثة أيام ، فمن جعل الأجل شرطًا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليه الاسم ، ومن جعله شرطًا معللًا باختلاف الأسواق اشترط من الأيام ما تختلف فيه الأسواق غالبًا . وأما الأجل إلى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك ، فأجازه مالك ، ومنعه أبو حنيفة والشافعي ، فمن رأى أن الاختلاف الذي يكون في أمثال هذه الآجال يسير ؛ أجاز ذلك ، إذ الغرر اليسير معفوّ عنه في الشرع ، وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ، ومن رأى أنه كثير ، وأنه أكثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها ؛ لم يجزه . وأما اختلافهم في : هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودًا في حين عقد السلم ؟ فإن مالكًا والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك ، وقالوا : يجوز السلم في غير وقت إبَّانة . وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والأوزاعي : لا يجوز السلم إلا في إبان الشيء المسلم فيه . فحجة من لم يشترط الإبان ما ورد في حديث ابن عباس[1] أن الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث فأقروا على ذلك و لم ينهوا عنه . وعمدة الحنفية ما روي من حديث بن عمر[2] أن النبي ﷺ قال : « لا تُسْلِمُوا في النَّخيل

---

(١) تقدم قريباً .

(٢) أخرجه الطيالسي (صـ٢٦٢ رقم ١٩٤٠) ، وأحمد (٢/١٤٤-١٤٥) ، وأبو داود (٣ /٧٤٤ رقم ٣٤٧٦) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٧ رقم ٢٢٨٤) ، والبيهقي (٦ /٢٤) .

من حديث ابن عمر ، أن رجلاً أسلف رجلاً في نخل ، فلم تخرج تلك السنة شيئاً ، فاختصمنا إلى النبي ﷺ فقال : « بم تستحل ماله ؟ ارْدُدْ عليه ماله » ثم قال : « لا تسلفوا في النخل حتى يبدو صلاحه » واللفظ لأبي داود ، وهو عند الباقين أطول من هذا .

قلت : في إسناده مجهول . وهو حديث ضعيف .

وقد ضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه .

حتَّى يَبْدُوَ صَلاحُها » وكأنهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر إذا لم يكن موجودًا في حال العقد ، وكأنه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر ، وإن كان ذلك معينًا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع مالم يخلق .

• وأما الشرط الثالث .

وهو مكان القبض ، فإن أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ، ولم يشترطه غيره وهم الأكثر . وقال القاضي أبو محمد : الأفضل اشتراطه . وقال ابن المواز : ليس يحتاج إلى ذلك .

• وأما الشرط الرابع .

وهو أن يكون الثمن مقدرًا مكيلًا أو موزنًا أو معدودًا أو مذروعًا لاجزافًا ، فاشترط ذلك أبو حنيفة ، ولم يشترطه الشافعي ، ولا صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد ، قالوا : وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص ، إلا أنه يجوز عنده بيع الجزاف ، إلا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه . وينبغي أن تعلم أن التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن ، وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل ، وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع ، وبالعدد فيما يمكن فيه العدد . وإن لم يكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس إن كان أنواعًا مختلفة ، أو مع تركه إن كان نوعًا واحدًا ، ولم يختلفوا أن السلم لا يكون إلا في الذمة وأنه لا يكون في معين ، وأجاز مالك السلم في قرية معينة إذا كانت مأمونة ، وكأنه رآها مثل الذمة .

○ الباب الثاني ○

فيما يجوز أن يقتضي من المسلم إليه بدل ما انعقد عليه السلم ، وما يعرض في ذلك من الإقالة والتعجيل والتأخير

وفي هذا الباب فروع كثيرة ، لكن نذكر منها المشهور :

● **المسألة الأولى .**

اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر ، فلما حل الأجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه ، فقال الجمهور : إذا وقع ذلك كان المسلم بالخيار بين أن يأخذ الثمن أو يصير إلى العام القابل ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وابن القاسم ، وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله ، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة ، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار . وقال أشهب من أصحاب مالك : ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير ، وكأنه رآه من باب الكالئ بالكالئ . وقال سحنون : ليس له أخذ الثمن ، وإنما له أن يصبر إلى القابل ، واضطرب قول مالك في هذا ، والمعتمد عليه في هذه المسألة ما رآه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم ، وهو الذي اختاره أبو بكر الطرطوشي ، والكالئ بالكالئ المنهي عنه إنما هو المقصود ، لا الذي يدخل اضطرارًا .

● **المسألة الثانية .**

اختلف العلماء في بيع المسلم فيه إذا حان الأجل من المسلم إليه قبل قبضه ، فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلًا ، وهم القائلون بأن كل شيء لا يجوز بيعه

قبل قبضه ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وإسحاق . وتمسك أحمد وإسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري[1] قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أَسْلَمَ في شَيْءٍ فَلا يَصْرِفْهُ في غَيْرِهِ » . وأما مالك فإنه منع شراء المسلم فيه قبل قبضه في موضعين :

أحدهما : إذا كان المسلم فيه طعامًا ، وذلك بناء على مذهبه في أن الذي يشترطه في بيعه القبض هو الطعام على ما جاء عليه النص في الحديث[2] .

والثاني : إذا لم يكن المسلم فيه طعامًا فأخذ عوضهم المسلم مالًا يجوز أن يسلم فيه رأس ماله مثل أن يكون المسلم فيه عرضًا والثمن عرضًا مخالفًا له فيأخذ المسلم من المسلم إليه إذا حان الأجل شيئًا من جنس ذلك العرض الذي هو الثمن ، وذلك أن هذا يدخله إما سلف وزيادة إن كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم ، وإما ضمان وسلف إن كان مثله أو أقل . وكذلك إن كان رأس مال السلم طعامًا لم يجز أن يأخذ فيه طعامًا آخر أكثر ، لا من جنسه

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٧٤٤ رقم ٣٤٦٨) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٦ رقم ٢٢٨٣) ، والبيهقي (٦ /٣٠) .
عن عطية بن سعد ، عن أبي سعيد الخدري ، قال : قال رسول الله ﷺ : « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » .
قال المنذري في المختصر (٥ /١١٣) : « وعطية بن سعد لا يحتج بحديثه » ، وقال ابن حجر في التلخيص (٣ /٢٥ رقم ١٢٠٣) : « وفيه عطية بن سعد العوفي وهو ضعيف ، وأعله أبو حاتم، والبيهقي، وعبد الحق، وابن القطان بالضعف والاضطراب».
قلت : والذي في « العلل » لابن أبي حاتم إعلاله بالوقف ، فقال : (١ /٣٨٧ رقم ١١٥٨) عن أبيه : « إنما هو عن عطية عن ابن عباس قوله » .
فالحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في الإرواء ، (رقم ١٣٧٥) .

(٢) يريد المؤلف رحمه الله ، حديث ابن عمر : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبِضَه » وقد تقدم تخريجه في باب بيوع الذرائع الربوية .

ولا من غير جنسه ، فإن كان مثل طعامه في الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز ؛ لأنه يحمله على العروض ، وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيه طعامًا من صفته وإن كان أقل جودة ؛ لأنه عنده من باب البدل في الدنانير . والإحسان مثل أن يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرًا ، وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض ؛ لأنه يدخله الدين بالدين . وإن كان رأس مال السلم عينًا وأخذ المسلم فيه عينًا من جنسه ، جاز ما لم يكن أكثر منه ، ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة إذا كان مثله أو أقل ، وإن أخذ دراهم في دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر ، وكذلك إن أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التي هي رأس مال السلم . وأما بيع السلم من غير المسلم إليه ، فيجوز بكل شيء يجوز التبايع به ما لم يكن طعامًا ، لأنه لا يدخله بيع الطعام قبل قبضه .

وأما الإقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان ، فإن دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع ، أعني أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الآجال مثل أن يتذرع إلى بيع وسلف ، أو إلى : ضع وتعجل ، أو إلى بيع السلم بما لا يجوز بيعه . مثال ذلك في دخول بيع وسلف به إذا حل الأجل ، فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فإنه لا يجوز عنده فإنه يدخله التذرع إلى بيع وسلف ، وذلك جائز عند الشافعي وأبي حنيفة ، لأنهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع .

• **المسألة الثالثة** .

اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم إليه شيئًا بعد الإقالة بما لا يجوز قبل الإقالة ، فمن العلماء من لم يجزه أصلًا ، ورأى أن الإقالة ذريعة إلى أن يجوز من ذلك ما لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه ، إلا أن عند أبي حنيفة لا يجوز على الإطلاق ، إذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم

فيه قبل القبض على الإطلاق ؛ ومالك يمنع ذلك في المواضع التي يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ، ومن العلماء من أجازه ، وبه قال الشافعي والثوري . وحجتهم أن بالإقالة قد ملك رأس ماله ، فإذا ملكه جاز له أن يشتري به ما أحب ، والظن الرديء بالمسلمين غير جائز . قال : وأما حديث أبي سعيد[1] فإنه إنما وقع النهي فيه قبل الإقالة .

• المسألة الرابعة .

اختلفوا إذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع : أقلني وأنظرك بالثمن الذي دفعت إليك ، فقال مالك وطائفة : ذلك لا يجوز ، وقال قوم : يجوز ، واعتل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقبله ، فكان ذلك من باب بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفى ، وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين ، والذين رأوه جائزًا رأوا أنه من باب المعروف والإحسان الذي أمر الله تعالى به ، قال رسول الله ﷺ : « مَنْ أقَالَ مُسْلِمًا صَفْقَتَهُ أقَالَ اللّٰهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ القِيامَةِ ، ومَنْ أنْظَرَ مُعْسِرًا أظَلَّهُ اللّٰهُ في ظِلِّهِ يَوْمَ لا ظِلَّ إلا ظِلُّهُ »[2] .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) قلت : هما حديثان .

(الأول) : أخرجه عبد الله بن أحمد في زوائد المسند (٢/ ٢٥٢) ، وأبو داود (٣/ ٧٣٨ رقم ٣٤٦٠) ، وابن ماجه (٢/ ٧٤١ رقم ٢١٩٩) ، والحاكم (٢/ ٤٥) ، والبيهقي (٦/ ٢٧) ، وأبو نعيم في الحلية (٦/ ٣٤٥) ، والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٢٧٨ -٢٧٩ رقم ٤٥٣ و ٤٥٤) ، وابن حبان (صـ٢٧٠ رقم ١١٠٣ و ١١٠٤ - الموارد) ، والخطيب في تاريخ بغداد (٨/ ١٩٦) ، وغيرهم . من حديث أبي هريرة بلفظ : « من أقال مسلماً أقاله الله عثرته » وقال بعضهم : « من أقال نادماً بيعته أقاله الله عثرته » وقال بعضهم : « من أقال مسلماً عثرته أقاله الله يوم القيامة » .

=

• المسألة الخامسة .

أجمع العلماء على أنه إذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير إلى أجل فدفعها إليه عند محل الأجل وبعده أنه يلزمه أخذها . واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره ، فقال مالك والجمهور : إن أتى بها قبل محل الأجل لم يلزم أخذها . وقال الشافعي : إن كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد ، وإن كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه . وأما إذا أتى به بعد محل الأجل فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروي عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتي بها في الصيف ، فقال ابن وهب وجماعة : لا يلزمه ذلك . وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الأجل من قِبَل

= قال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . ووافقه الذهبي . وصحح الحديث الألباني في الإرواء (رقم ١٣٣٤) .

(والحديث الثاني) : ورد من حديث أبي اليَسَر ، وأبي قتادة ، وأبي هريرة ، وعثمان ، وابن عباس ، وأبي لبابة ، وكعب بن عجرة ، وأسعد بن زرارة ، وسهل بن حنيف ، وعبادة بن الصامت .

● أما حديث أبي اليَسَر ، فأخرجه أحمد (٣ /٤٢٧) ، والدارمي (٢ /٢٦١) ، ومسلم (٤ /٢٣٠٢ رقم ٧٤ /٣٠٠٦) ، وابن ماجه (٢ /٨٠٨ رقم ٢٤١٩) ، والحاكم (٢ /٢٨ -٢٩) ، والبيهقي (٦ /٢٨) ، وأبو نعيم في الحلية (٢ /١٩ -٢٠) بلفظ : « من أنظر معسراً أو وضع عنه أظلَّه الله في ظلِّه يوم لا ظِلَّ إلا ظِلُّه » . قال الحاكم : صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه . وهو واهم في استدراكه ؛ لأنه عند مسلم .

● وحديث أبي قتادة : أخرجه أحمد (٥ /٣٠٠، ٣٠٨) ، والدارمي (٢ /٢٦١ - ٢٦٢) ، ومسلم (٣/١١٩٦ رقم ٣٢/١٥٦٣) ، وأبو نعيم في الحلية (٦/٢٦٦) . عنه ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من سره أن يُنْجيَهُ الله من كُرَبِ يوم القيامة فلينفِّس عن مُعْسِرٍ ، أو يَضَعْ عَنه » واللفظ لمسلم .

● وانظر تخريج أحاديث الصحابة الباقين في كتابنا « إرشاد الأمة إلى فقه الكتاب والسنة » جزء البيوع .

أنه من ضمانه إلى الوقت المضروب الذي قصده ، ولما عليه من المؤنة في ذلك ، وليس كذلك الدنانير والدراهم ، إذ لا مؤنة فيها ، ومن لم يلزمه بعد الأجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض إنما كان وقت الأجل لا غيره . وأمر من أجاز ذلك في الوجهين ؛ أعني : بعد الأجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

• **المسألة السادسة** .

اختلف العلماء فيمن أسلم إلى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة مًا فأخبر البائع أو المسلم إليه المشتري بكيل الطعام ، هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه ؟ فقال مالك : ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد ، وإلا خيف أن يكون من باب الربا ، كأنه إنما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والأوزاعي والليث : لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع . وحجتهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه إلا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه إلا بعد أن يكيله البائع له ؛ لأنه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض ، واحتجوا بما جاء في الحديث أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان : صاع البائع وصاع المشتري[1] . واختلفوا إذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل ، فاختلفا في الكيل ، فقال الشافعي : القول قول المشتري ، وبه قال أبو ثور ، وقال مالك : القول قول البائع ؛ لأنه قد صدقه المشتري عند قبضه إياه ، وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

---

(١) تقدم تخريجه في الباب الثالث : البيوع المنهي عنها .

○ الباب الثالث ○

[في اختلاف المتبايعين في السلم]

والمتبايعان في السلم إما أن يختلفا في قدر الثمن أو المثمون ، وإما في جنسهما ، وإما في الأجل ، وإما في مكان قبض السلم . فأما اختلافهم في قدر المسلم فيه ، فالقول فيه قول المسلم إليه إن أتى بما يشبه ، وإلا فالقول أيضًا قول المسلم إن أتى أيضًا بما يشبه ، فإن أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه ، فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ ، مثل أن يقول أحدهما : أسلمت في تمر ، ويقول الآخر : في قمح . وأما اختلافهم في الأجل فإن كان في حلوله فالقول قول المسلم إليه ، وإن كان في قدره فالقول أيضًا قول المسلم إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه ، مثل أن يدعي المسلم وقت إبان المسلم فيه ، ويدعي المسلم إليه غير ذلك الوقت ، فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم في موضع القبض ، فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله ، وإن لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم إليه . وخالف سحنون في الوجه الأول فقال : القول قول المسلم إليه وإن ادعى القبض في موضع العقد ، وخالف أبو الفرج في الموضع الثاني فقال : إذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا . وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض ، وقد تقدم ذلك .

□ ٢٩ - كتاب بيع الخيار □

والنظر في أصول هذا الباب ، أما أوّلا فهل يجوز أم لا ؟ وإن جاز ، فكم مدة الخيار ؟ وهل يشترط النقدية فيه أم لا ؟ وممن ضمان المبيع في مدة الخيار ؟وهل يورث الخيار أم لا ؟ ومن يصح خياره ممن لا يصح ؟ وما يكون من الأفعال خيارًا كالقول ؟. أما جواز الخيار فعليه الجمهور ، إلا الثوري وابن أبي شبرمة وطائفة من أهل الظاهر . وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ[١]

---

(١) ● أخرجه أحمد (٩ /٦ رقم ٦١٣٤) تحقيق شاكر ، والحميدي (٢ /٢٩٢ رقم ٦٢٢) ، والدارقطني (٣ /٥٤ رقم ٢١٧) ، والحاكم (٢ /٢٢) ، والبيهقي في السنن الكبرى (٥ /٢٧٣) .

من طريق ابن إسحاق ، حدثني نافع ، عن ابن عمر .

وسكت عليه الحاكم ، فقال الذهبي « صحيح » .

قلت : وهذا سند حسن ، وقد صرح ابن إسحاق بالتحديث عند أحمد والبيهقي .

● وأخرجه ابن ماجه (٢ /٧٨٩ رقم ٢٣٥٥) ، والدارقطني (٣ /٥٥ رقم ٢٢٠) ، والبيهقي (٥ /٢٧٣) من طريق ابن إسحاق ، حدثني محمد بن يحيى ابن حبان .

قال الزيلعي في نصب الراية (٤ /٧) « هي مرسلة » .

أما البوصيري فقال في « الزوائد » (٢ /٣٥ رقم ٨٣٢) : « هذا إسناد ضعيف لتدليس ابن إسحاق .. » . قلت : وقد صرح بالتحديث كما تقدم .

● وللحديث وجه آخر عن ابن عمر :

أخرجه مالك (٢ /٦٨٥ رقم ٩٨) ، والبخاري (٤ /٣٣٧ رقم ٢١١٧) ، ومسلم (٣ /١١٦٥ رقم ٤٨ /١٥٣٣) ، وأبو داود (٣ /٧٦٥ رقم ٣٥٠٠) ، والنسائي (٧ /٢٥٢) ، وأحمد (رقم ٥٠٣٦ و ٥٤٠٥ و ٥٢٧١ و ٥٥١٥ =

وفيه « وَلكَ الخِيارُ ثَلاثًا » وما روي في حديث ابن عمر[1] « البَيِّعان بالخيارِ ما لَمْ يَفْتَرِقا إلَّا بَيْعَ الخِيَارِ » . وعمدة من منعه أنه غرر ، وأن الأصل هو اللزوم في البيع إلا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أوسنة ثابتة أو إجماع . قالوا : وحديث حبان إما أنه ليس بصحيح ، وإما أنه خاص لما شكى إليه ﷺ أنه يخدع في البيوع . قالوا : وأما حديث بن عمر وقوله فيه « إلا بيع الخيار » فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ ، وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو « أنْ يَقُولَ أحَدُهُما لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ » وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك أن ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وأنه إنما يتقدر بتقدر الحاجة إلى اختلاف المبيعات ، وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال : مثل اليوم واليومين

= و ٥٥٦١ و ٥٨٥٤) ، والطيالسي (صـ٢٥٦ رقم ١٨٨١) ، والبيهقي (٥ /٢٧٣) ، والبغوي (٨ /٤٦ رقم ٢٠٥٢) من طريق عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر .

● وللحديث شاهد أخرجه أحمد (٣ /٢١٧) ، وأبو داود (٣ /٧٦٧ رقم ٣٥٠١) ، والترمذي (٣ /٥٥٢ رقم ١٢٥٠) ، والنسائي (٧ /٢٥٢) ، وابن ماجه (٢ /٧٨٨ رقم ٢٣٥٤) ، والدارقطني (٣ /٥٥ رقم ٢١٨ و ٢١٩) ، وابن الجارود (رقم ٥٦٨) . من طرق عن سعيد عن قتادة عن أنس بن مالك ، أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يبتاع وفي عقدته ضعف ، فأتى أهلُه نبيَّ الله ﷺ ، فقالوا : يا نبي الله احْجُرْ على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف ، فدعاه النبي ﷺ فنهاه عن البيع ، فقال : يا نبي الله ، إني لا أصبر عن البيع ، فقال رسول الله ﷺ : « إن كنت غير تارك البيع فقل هاءَ هاءَ ولا خلابة » وهو حديث صحيح . وقد صححه الألباني في صحيح ابن ماجه .

(١) أخرجه البخاري (٤ /٣٢٦ رقم ٢١٠٧) و (٤ /٣٢٧ -٣٢٨ رقم ٢١٠٩) ، ومسلم (٣ /١١٦٣ رقم ٤٣ /١٥٣١) ، وأبو داود (٣ /٧٣٢ -٧٣٦ رقم ٣٤٥٤ و ٣٤٥٥) ، والترمذي (٣ /٥٤٧ رقم ١٢٤٥) ، والنسائي (٧ /٢٤٨ ، ٢٤٩) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٦ رقم ٢١٨١) ، وابن الجارود (رقم ٦١٧) ، والبيهقي (٥ /٢٦٨ ، ٢٧٢) ، وغيرهم . بألفاظ متعددة منها هذا . وليس عند مالك غيره .

في اختيار الثوب ، والجمعة والخمسة الأيام في اختيار الجارية ، والشهر ونحوه في اختيار الدار . وبالجملة فلا يجوز عنده الأجل الطويل الذي فيه فضل عن اختيار المبيع . وقال الشافعي وأبو حنيفة : أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك . وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن : يجوز الخيار لأى مدة اشترطت ، وبه قال داود . واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة ، فقال الثوري والحسن بن جني وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقًا ويكون له الخيار أبدًا ، وقال مالك : يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله . وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع . واختلف أبو حنيفة والشافعي إن وقع الخيار في الثلاثة الأيام زمن الخيار المطلق ، فقال أبو حنيفة : إن وقع في الثلاثة الأيام جاز ، وإن مضت الثلاثة فسد البيع ، وقال الشافعي : بل هو فاسد على كل حال ، فهذه هي أقاويل فقهاء الأمصار في مدة الخيار ، وهي هل يجوز مطلقًا أو مقيدًا ؟ وإن جاز مقيدًا فكم مقداره ؟ وإن لم يجز مطلقًا فهل من شرط ذلك ألّا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال ؟ وإن وقع في الثلاث .

فأما أدلتهم فإن عمدة من لم يجز الخيار هو ما قلناه . وأما عمدة من لم يجز الخيار إلا ثلاثًا فهو أن الأصل هو أن لا يجوز الخيار فلا يجوز منه إلا ما ورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ[(١)] ، وذلك كسائر الرخص المستثناة من الأصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك . قالوا : وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصرّاة وهو قوله « مَنِ اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَهُوَ بالخِيارِ ثَلاثَةَ أيّامٍ »[(٢)] وأما حديث منقذ ، فأشبه طرقه المتصلة ما رواه

---

(١) تقدم تخريجه قريباً .

(٢) أخرجه مسلم (٣ /١١٥٨ رقم ٢٤ و ٢٥ /١٥٢٤) ، وأبو داود (٣ /٧٢٧ رقم ٣٤٤٤) ، والترمذي (٣ /٥٥٣ رقم ١٢٥٢) ، والنسائي (٧ /٢٥٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٥٣ رقم ٢٢٣٩) ، وابن الجارود (رقم ٦٢١) ، والطحاوي في =

محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر[1] أن رسول الله ﷺ قال لمنقذ وكان يخدع في البيع : « إِذَا بِعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ وأَنْتَ بالخيارِ ثَلاثًا » . وأما عمدة أصحاب مالك ، فهو أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودًا بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهًا على هذا المعنى ، وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام ، وعند الطائفة الأولى من باب الخاص أريد به الخاص . وأما اشتراط النقد فإنه لا يجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع ، وفيه ضعف . وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وأصحابه والليث والأوزاعي : مصيبته من البائع ، والمشتري أمين ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وقد قيل في المذهب : إنه إن كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه إياه ، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية إن كان مما يغاب عليه ، فضمانه منه ، وإن كان مما لا يغاب عليه ، فضمانه من البائع . وقال أبو حنيفة : إن كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه ، وأما إن كان شرطه المشتري وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري ، وبقي معلقًا حتى ينقضي الخيار ، وقد قيل عنه إنّ على المشتري الثمن ، وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشتري . وللشافعي قولان : أشهرهما أن الضمان من المشتري لأيهما كان الخيار . فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال أنه عقد غير لازم ، فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك

= شرح المعاني (٤ /١٨) ، والبيهقي (٥ /٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠) ، وأحمد (٢ /٤١٧ ، ٤٠٧، ٤٨٣) من أوجه عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى شاة مُصَرَّاة فهو بالخيار ثلاثة إيام ، فإن رَدَّها ردَّ معها صاعاً من تمر لا سَمراء » .

(١) تقدم تخريجه قريباً .

ولم يقل المشتري قبلت . وعمدة من رأى أنه من المشتري تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق . وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار إذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثاني ؛ فلأنه إن كان البائع هو المشترط فالخيار له إبقاء للمبيع على ملكه ، وإن كان المشتري هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع من ملكه وأبانه فوجب أن يدخل في ملك المشتري إذا كان المشتري هو الذي شرطه فقط قال : قد خرج عن ملك البائع ؛ لأنه لم يشترط خيارا ولم يلزم أن يدخل في ملك المشتري ؛ لأنه شرط الخيار في رد الآخر له ، ولكن هذا القول يمانع الحكم ، فإنه لابد أن تكون مصيبته من أحدهما ، والخلاف آيل إلى : هل الخيار مشترط لإيقاع الفسخ في البيع أو لتتميم البيع ، فإذا قلنا لفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع ، وإن قلنا لتتميمه فهو في ضمانه .

• وأما المسألة الخامسة :

وهي هل يورث خيار المبيع أم لا ؟ فإن مالكًا والشافعي وأصحابهما قالوا : يورث ، وإنه إذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع ، وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الإقالة . وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب ؛ أعني : أنه قال : يورث ، وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن . وسلم لهم مالك خيار رد الأب ما وهبه لابنه ، أعني : أنه لم ير لورثة الميت من الخيار في ردّ ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك ؛ أعني : للأب ، وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان . ومعنى خيار الطلاق أن يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتي متى شئت ، فيموت الرجل المجعول له الخيار ، فإن ورثته لا يتنزلون منزلته عند مالك . وسلم الشافعي ما سلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات ، وسلم زائدًا خيار الإقالة والقبول فقال :

لا يورثان . وعمدة المالكية والشافعية أن الأصل هو أن تورث الحقوق والأموال إلا ما قام دليل على مفارقة الحق في هذا المعنى للمال . وعمدة الحنفية أن الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالأموال .

فموضع الخلاف هل الأصل هو أن تورث الحقوق كالأموال أم لا ؟ وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا ما لم يسلمه له خصمه منها بما يسلمه منها له ، ويحتج على خصمه ، فالمالكية والشافعية تحتج على أبي حنيفة بتسليمه وراثة خيار الردّ بالعيب ، ويشبه سائر الخيارات التي يورثها به ، والحنفية تحتج أيضًا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك ، وكل واحد منهم يروم أن يعطي فارقًا فيما يختلف فيه قوله ، ومشابهًا فيما يتفق فيه قوله ، ويروم في قوله خصمه بالضد ، أعني : أن يعطي فارقًا فيما يضعه الخصم متفقا ، ويعطي اتفاقا فيما يضعه الخصم متباينا ، مثل ما تقول المالكية : إنما قلنا:إن خيار الأب في رد هبته لا يورث ؛ لأن ذلك خيار راجع إلى صفة في الأب لا توجد في غيره ، وهي الأبوة ، فوجب ألّا تورث لا إلى صفة في العقد . وهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار ، أعني : أنه من انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ، ومن انقدح له أن صفة خاصة بذي الخيار ؛ لم يورثه .

• وأما المسألة السادسة :

وهي من يصح خياره فإنهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين ، واختلفوا في اشتراط خيار الأجنبي ، فقال مالك : يجوز ذلك والبيع صحيح ، وقال الشافعي في أحد قوليه : لا يجوز إلا أن يوكله الذي جعل له الخيار ، ولا يجوز الخيار عنده على هذا القول لغير العاقد ، وهو قول أحمد ، وللشافعي قول آخر مثل قول مالك ، وبقول مالك قال أبو حنيفة ، واتفق المذهب على أن الخيار للأجنبي إذا جعله له المتبايعان ، وأن قوله لهما . واختلف المذهب إذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أو المشتري ومن جعل له المشتري الخيار ،

فقيل : القول في الإمضاء ، والرد قول الأجنبي سواء اشترط خياره البائع أو المشترى ، وقال عكس هذا القول من جعل خياره هنا كالمشورة ، وقيل : بالفرق بين البائع والمشتري : أي أن القول في الإمضاء والرد قول البائع دون الأجنبي ، وقول الأجنبي دون المشتري إن كان المشتري هو المشترط الخيار ، وقيل : القول قول من أراد منهما الإمضاء ، وإن أراد البائع الإمضاء ، وأراد الأجنبي الذي اشترط خياره الرد ووافقه المشتري ، فالقول قول البائع في الإمضاء ، وإن أراد البائع الرد وأراد الأجنبي الإمضاء ووافقه المشتري فالقول قول المشتري ، وكذلك إن اشترط الخيار للأجنبي المشتري ، فالقول فيهما قول من أراد الإمضاء ، وكذلك الحال في المشتري ، وقيل : بالفرق في هذا بين البائع والمشتري ، أي : إن اشترطه البائع فالقول قول من أراد الإمضاء منهما ، وإن اشترطه المشتري فالقول قول الأجنبي ، وهو ظاهر ما في المدونة ، وهذا كله ضعيف . واختلفوا فيمن اشترط من الخيار ما لا يجوز ، مثل أن يشترط أجلًا مجهولًا خيارًا فوق الثلاث عند من لا يُجَوِّز الخيار فوق الثلاث ، أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه ، أعني : أجنبيًا ، فقال مالك والشافعي : لا يصح البيع وإن أسقط الشرط الفاسد ، وقال أبو حنيفة : يصح البيع مع إسقاط الشرط الفاسد .

فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى إلى العقد أم لا يتعدى ، وإنما هو في الشرط فقط؟ فمن قال : يتعدى ؛ أبطل البيع وإن أسقطه ، ومن قال : لا يتعدى ؛ قال : البيع يصح إذا أسقط الشرط الفاسد ؛ لأنه يبقى العقد صحيحًا .

□ ٣٠ - كتاب بيع المرابحة □

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان : مساومة ومرابحة ، وأن المرابحة هي : أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ، ويشترط عليه ربحا مًّا للدينار أو الدرهم . واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين :

أحدهما : فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما أنفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال .

والموضع الثاني : إذا كذب البائع للمشتري فأخبره أنه اشتراه بأكثر مما اشترى السلعة به ، أو وهم فأخبر بأقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له أنه اشتراها بأكثر ، ففي هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الأمصار بابان :

الباب الأول : فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن ينبى عليه الربح .

الباب الثاني : في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن .

○ الباب الأول ○

[فيما يعد من رأس المال مما لا يعد ، وفي صفة رأس المال الذي يجوز أن يبنى عليه الربح]

فأما ما يعد في الثمن مما لا يعد ، فإن تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدًا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام : قسم يعدّ في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح ، وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح ، وقسم لا يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح .

فأما الذي يحسبه في رأس المال ويجعل له حظا من الربح فهو ما كان مؤثرًا في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ ، وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظًا من الربح فما لا يؤثر في عين السلعة مما لا يمكن البائع أن يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد إلى بلد وكراء البيوت التي توضع فيها ، وأما ما لا يحتسب فيه الأمرين جميعًا ، فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن أن يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطي والشد . وقال أبو حنيفة : بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها . وقال أبو ثور : لا يجوز المرابحة إلا بالثمن الذي اشترى به السلعة فقط إلا أن يفصل ويفسخ عنده إن وقع ، قال : لأنه كذب ، لأنه يقول له : ثمن سلعتي كذا وكذا وليس الأمر كذلك ، وهو عنده من باب الغش . وأما صفة رأس الثمن الذي يجوز أن يخبر به فإن مالكًا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم ثم باعها بدراهم والصرف قد تغير إلى زيادة أنه ليس له أن يعلم يوم باعها بالدنانير التي اشتراها لأنه من باب

الكذب والخيانة ، وكذلك إن اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف . واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له أن يبيعها مرابحة أم لا يجوز ؟ فإذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه ؟ فقال ابن القاسم : يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة . وقال أشهب : لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض أن يبيعها مرابحة ؛ لأنه يطالبه بعروض على صفة عرضه ، وفي الغالب ليس يكون عنده ، فهو من باب بيع ما ليس عنده . واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضًا أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون أن يعلم بما نقد أم لا يجوز ؟ فقال مالك لا يجوز إلا أن يعلم ما نقد ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن يبيعها منه مرابحة على الدنانير التي ابتاع بها السلعة دون العروض التي أعطى فيها أو الدراهم ، قال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة بأجل فباعها مرابحة : أنه لا يجوز حتى يعلم بالأجل ، وقال الشافعي : إن وقع كان للمشتري مثل أجله ، وقال أبو ثور : هو كالعيب وله الرد به ، وفي هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

○ الباب الثاني ○

[في حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن]

واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ، ثم ظهر بعد ذلك ، إما بإقراره ، وإما ببينة أن الثمن كان أقل والسلعة قائمة ، فقال مالك وجماعة : المشتري بالخيار ، إما أن يأخذ بالثمن الذي صح أو يترك إذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذي صح وإن ألزمه لزمه ، وقال أبو حنيفة وزفر : بل المشتري بالخيار على الإطلاق ، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي إن ألزمه البائع لزمه ، وقال الثوري وابن أبي ليلى وأحمد وجماعة : بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة ، وعن الشافعي القولان : القول بالخيار مطلقًا ، والقول باللزوم بعد الحط . فحجة من أوجب البيع بعد الحط أن المشترى إنما أربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك ، فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع إلى الذي ظهر ، كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل أنه يلزمه توفية ذلك الكيل . وحجة من رأى أن الخيار مطلقًا تشبيه الكذب في هذه المسألة بالعيب ؛ أعني : أنه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . وأما إذا فاتت السلعة فقال الشافعي : يحط مقدار ما زاد من الثمن ، وما وجب له من الربح ، وقال مالك : إن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ما وزن المبتاع أو أقل ؛ فلا يرجع عليه المشتري بشيء ، وإن كانت القيمة أقل ؛ خير البائع بين رده للمشتري القيمة أو رده الثمن ، أو إمضائه السلعة بالثمن الذي صح . وأما إذا باع الرجل سلعته مرابحة ، ثم أقام البينة أن ثمنها أكثر مما ذكره ، وأنه وهم في ذلك ، وهي

قائمة ؛ فقال الشافعي : لا يسمع من تلك البينة ؛ لأنه كذبها وقال مالك : يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن ، وهذا بعيد ؛ لأنه بيع آخر . وقال مالك في هذه المسألة : إذا فاتت السلعة أن المبتاع مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها ، أو أن يأخذها بالثمن الذي صح ، فهذه هي مشهورات مسائلهم في هذا الباب . ومعرفة أحكام هذا البيع تنبني في مذهب مالك على معرفة أحكام ثلاثة مسائل وما تركب منها . حكم مسألة الكذب ، وحكم مسألة الغش ، وحكم مسألة وجود العيب . فأما حكم الكذب فقد تقدم . وأما حكم الرد بالعيب فهو حكمه في البيع المطلق . وأما حكم الغش عنده فهو تخيير البائع مطلقًا ، وليس للبائع أن يلزمه البيع وإن حط عنه مقدار الغش كما له ذلك في مسألة الكذب ، هذا عند ابن القاسم . وأما عند أشهب ، فإن الغش عنده ينقسم قسمين : قسم مؤثر في الثمن ، وقسم غير مؤثر . فأما غير المؤثر فلا حكم عنده فيه . وأما المؤثر فحكمه عنده حكم الكذب . وأما التي تتركب فهي أربع مسائل : كذب وغش ، وكذب وتدليس ، وغش وتدليس بعيب ، وكذب وغش وتدليس بعيب ، وأصل مذهب ابن القاسم فيها أنه يأخذ بالذي بقي حكمه إن كان فات بحكم أحدهما أو بالذي هو أرجح له إن لم يفت حكم أحدهما ، إما على التخيير حيث يمكن التخيير ، أو الجمع حيث يمكن الجمع ، وتفصيل هذا لائق بكتب الفروع ، أعني : مذهب ابن القاسم وغيره .

□ ٣١ - كتاب بيع العرية □

اختلف الفقهاء في معنى العرية والرخصة التي أتت فيها في السنة ، فحكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب المالكي : أن العرية في مذهب مالك هي أن يهب الرجل ثمرة نخلة أو نخلات من حائطه لرجل بعينه ، فيجوز للمعرَّى شراؤها من المعرِّي له بخرصها تمرًا على شروط أربعة :

أحدها : أن تزهي .

والثاني : أن تكون خمسة أوسق فما دون ، فإن زادت فلا يجوز .

والثالث : أن يعطيه التمر الذي يشتريها به عند الجذاذ ، فإن أعطاه نقدا لم يجز .

والرابع : أن يكون التمر من صنف تمر العرية ونوعها ، فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية إنما هي في حق المعرى فقط ، والرخصة فيها إنما هي استثناؤها من المزابنة ، وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه[1] ، ومن صنفي الربا أيضًا ؛ أعني : التفاضل والنساء ، وذلك أن بيع ثمر معلوم الكيل بثمر معلوم بالتخمين وهو الخرص ، فيدخله بيع الجنس الواحد متفاضلًا ، وهو أيضًا ثمر بثمر إلى أجل ، فهذا هو مذهب مالك فيما هي العرية ، وما هي الرخصة فيها ، ولمن الرخصة فيها ؟. وأما الشافعي فمعنى الرخصة الواردة عنده فيها ليست للمعرى خاصة ، وإنما هي لكل أحد من الناس أراد أن يشتري هذا القدر من الثمر ، أعني : الخمسة أوسق ، أو ما دون ذلك بتمر مثلها ، وروي أن الرخصة فيها إنما هي معلقة بهذا القدر من التمر ؛ لضرورة الناس أن يأكلوا رطبًا ، وذلك لمن

(١) تقدم تخريجه في البيوع .

ليس عنده رطب ولا تمر[1] يشترى به الرطب . والشافعي يشترط في إعطاء التمر الذي تباع به العرية أن يكون نقدًا ، ويقول : إن تفرقا قبل القبض فسد البيع والعرية جائزة عند مالك في كل ما ييبس ويدخر ، وهي عند الشافعي في التمر والعنب فقط ، ولا خلاف في جوازها فيما دون الخمسة الأوسق عند مالك والشافعي ، وعنهما الخلاف إذا كانت خمسة أوسق ، فروي الجواز عنهما والمنع ، والأشهر عند مالك الجواز . فالشافعي يخالف مالكًا في العرية في أربعة مواضع :

أحدها : في سبب الرخصة كما قلنا .

والثاني : أن العرية التي رخص فيها ليست هبة ، وإنما سميت هبة على التجوز

والثالث : في اشتراط النقد عند البيع .

والرابع : في محلها .

فهي عنده كما قلنا في التمر والعنب فقط ، وعند مالك في كل ما يدخر وييبس . وأما أحمد بن حنبل فيوافق مالكًا في أن العرية عنده هي الهبة ، ويخالفه في أن الرخصة إنما هي عنده فيها للموهوب له أعني : المعرى له لا المعرى ، وذلك أنه يرى أن له أن يبيعها ممن شاء بهذه الصفة لا من المعرى خاصة كما ذهب إليه مالك . وأما أبو حنيفة فيوافق مالكًا في أن العرية هي الهبة ، ويخالفه في صفة الرخصة ، وذلك أن الرخصة عنده فيها ليست هي من باب استثنائها من المزابنة ، ولا هي في الجملة في البيع ، وإنما الرخصة فيها عنده من باب رجوع الواهب في هبته ، إذ كان الموهوب له لم يقبضها وليست عنده ببيع ، وإنما هي رجوع في الهبة على صفة مخصوصة ، وهو أن يعطى بدلها تمرًا بخرصها . وعمدة مذهب مالك في العرية أنها بالصفة التي ذكر سنتها المشهورة عندهم بالمدينة ، قالوا :

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله : وعنده تمر يشترى ، إذ هي فسحة لمن عنده تمر وليس عنده رطب أن يشترى الرطب بالتمر ، ولذلك اشترط الشافعي دفع التمر نقداً ، فتأمل اهـ مصححه .

وأصل هذا أن الرجل كان يهب النخلات من حائطه فيشق عليه دخول الموهوب له عليه ، فأبيح له أن يشتريها بخرصها تمرًا عند الجذاذ . ومن الحجة له في أن الرخصة إنما هي للمعرى حديث سهل بن أبي حثمة[1] « أن رسول الله ﷺ نهى عن بَيْعِ التَّمْرِ بالرطبِ إلَّا أنَّهُ رَخَّصَ في العَرِيَّة أن تُبَاعَ بخرصِهَا يأكُلُها أهلُها رُطَبًا » قالوا : فقوله يأكلها رطبًا دليل على أن ذلك خاص بمعريها ؛ لأنهم في ظاهر هذا القول أهلها . ويمكن أن يقال : إن أهلها هم الذين اشتروها كائنًا من كان ، لكن قوله رطبًا هو تعليل لا يناسب المعري ، وعلى مذهب الشافعي هو مناسب ، وهم الذين ليس عندهم رطب ولا تمر يشترونها به ، ولذلك كانت الحجة للشافعي . وأما أن العرية عنده هي الهبة فالدليل على ذلك من اللغة ، فإن أهل اللغة قالوا : العرية هي الهبة ، واختلف في تسميتها بذلك ، فقيل : لأنها عريت من الثمن ، وقيل : إنها مأخوذة من عروت الرجل أعروه إذا سألته ، ومنه قوله تعالى : ﴿ **وأطْعِمُوا القانِعَ والمُعْتَرَّ** ﴾[2] وإنما اشترط مالك نقد الثمن عند الجذاذ ؛ أعني : تأخيره إلى ذلك الوقت ؛ لأنه تمر ورد الشرع بخرصه ، فكان من سنته أن يتأجل إلى الجذاذ أصله الزكاة ، وفيه ضعف ؛ لأنه مصادمة بالقياس لأصل السنة . وعنده أنه إذا تطوع بعد تمام العقد بتعجيل التمر جاز ، وأما اشتراطه جوازها في الخمسة الأوسق أو فيما دونها ، فلما رواه عن أبي هريرة[3] « أن

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٣٨٧ رقم٢١٩١) ، ومسلم (٣ /١١٧٠ رقم ٦٧ و ٦٩ / ١٥٤٠) ، وأبو داود (٣ /٦٦١ رقم ٣٦٦٣) ، والترمذي (٣ /٥٩٦ رقم ١٣٠٣) ، والنسائي (٧ /٢٦٨) ، وقد تقدم في أحاديث المزابنة .

(٢) الحج : (٣٦) .

(٣) أخرجه مالك (٢ /٦٢٠ رقم ١٤) ، والبخاري (٤ /٣٨٧ رقم ٢١٩٠) و (٥ /٥٠ رقم ٢٣٩٢) ، ومسلم (٣ /١١٧١ رقم ٧١ /١٥٤١) ، وأبو داود (٣ /٦٦٢ رقم ٣٣٦٤) ، والترمذي (٣ /٥٩٥ رقم ١٣٠١) ، والنسائي (٧ /٢٦٨) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٣٠) ، والبيهقي (٥ /٣١١) . =

رسول الله ﷺ أَرْخَصَ في بَيْعِ العَرَايا بخرصها فيما دون خمسةِ أوسُقٍ ، أو في خَمْسَةِ أَوْسُق » وإنما كان عن مالك في الخمسة الأوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوي . وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه إذا يبس ، فلما روي عن زيد بن ثابت « أن رسول الله ﷺ رخص لصاحب الْعَرِيةِ أن يبيعها بخْرصِها تمرًا » خرجه مسلم[1] . وأما الشافعي فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة[2] عن النبي ﷺ « أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا ، فإنه أذن لهم فيه » وقوله فيها « يأكلها أهلها رطبًا » .

والعرية عندهم هى اسم لما دون الخمسة الأوسق من التمر ، وذلك أنه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل في الغالب من نخلاته هذا القدر فما دونه ، خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة ، وقد احتج لمذهبه بما رواه بإسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله ﷺ إما زيد بن ثابت وإما غيره : ما عراياكم هذه ؟ قال : فسمى رجالًا محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله ﷺ أن الرطب أتى وليس

= كلهم من طريق مالك عن داود بن الحصين عن أبي سفيان مولى ابن أبي أحمد عن أبي هريرة به ، وفي آخره يشك داود قال : « خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق » .

(١) في صحيحه (٣ /١١٦٩ رقم ٦٠ /١٥٣٩) .
قلت : وأخرجه البخاري (٤ /٣٧٧ رقم ٢١٧٣) و (٤ /٣٨٣ رقم ٢١٨٤) و (٤ /٣٨٤ رقم ٢١٨٨) و (٥ /٥٠ رقم ٢٣٨٠) . ومالك (٢ /٦١٩ رقم ١٤) ، وأحمد (٥ /١٨١، ١٨٢، ١٨٦، ١٨٨، ١٩٠، ١٩٢) ، وأبو داود (٣ /٦٥٩ رقم ٣٣٦٢) ، والترمذي (٣ /٥٩٥ رقم ١٣٠٢) ، والنسائي (٧ /٢٦٧) ، وابن ماجه (٢ /٧٦٢ رقم ٢٢٦٩) وغيرهم . وله عندهم ألفاظ .

(٢) أخرجه البخاري (٥/ ٥٠ رقم ٢٣٨٣) ، ومسلم (٣/ ١١٧٠ رقم ٧٠/ ١٥٤٠) ، وأحمد (٤ /١٤٠) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /٢٩ - ٣٠) .
وقد تقدم الحديث ضمن أحاديث المزابنة .

بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس ، وعندهم فضل من قوتهم من التمر ، « فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي بأيديهم يأكلونها رُطَبًا »[1] وإنما لم يجز تأخير نقد التمر ؛ لأنه بيع الطعام بالطعام نسيئة . وأما أحمد فحجته ظاهر الأحاديث المتقدمة أنه رخص في العرايا و لم يخص المعري من غيره . وأما أبو حنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت إن جعلت بيعًا نوعًا من المزابنة رأى أن انصرافها إلى المعري ليس هو من باب البيع وإنما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب بإعطاء خرصها تمرًا ، أو تسميته إياها بيعًا عنده مجاز ، وقد التفت إلى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه ، فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشيء من الأشياء سوى الخرص ، وإن كان المشهور عنه جواز ذلك . وقد قيل إن قول أبي حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث ، وذلك أنه خالف الأحاديث في مواضع منها ، أنه لم يسمها بيعًا ، وقد نص الشارع على تسميتها بيعًا . ومنها أنه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا[2] ، وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة ؛ لأن المزابنة هي في البيع . والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهي عن الرجوع في الهبة التي لم يقع فيها الاستثناء بنص الشرع ، وعسر عليه أن يستثنيها مما استثنى منه الشارع ، وهي المزابنة ، والله أعلم .

---

(١) ذكره الشافعي في الأم (٣ /٥٤) معلقاً . ولم يوقف له على إسناد . وحديث زيد بن ثابت تقدم تخريجه قريباً .

(٢) تقدم تخريجه في البيوع .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٣٢ - كتاب الإجارات □

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع ؛ أعني : أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها ، وذلك في نوع منها ، أعني : فيما يخص نوعًا منها ، وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أوّلًا إلى قسمين :

القسم الأول : في أنواعها وشروط الصحة والفساد .
والثاني : في معرفة أحكام الإجارات ، وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها .

فلنذكر أولًا ما في ذلك من الخلاف ثم نصير إلى ذكر ما في ذينك القسمين من المسائل المشهورة ، إذ كان قصدنا إنما هو ذكر المسائل التي تجري من هذه الأشياء مجرى الأمهات ، وهي التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الأمصار . فنقول : إن الإجارة جائزة عند جميع فقهاء الأمصار والصدر الأول . وحكي عن الأصم وابن علية منعها . ودليل الجمهور قوله تعالى : ﴿ **إنِّي أُرِيدُ أنْ أنكِحَكَ إحْدَى ابْنَتَيَّ هاتَيْنِ** ﴾[1] الآية ، وقوله : ﴿ **فإن أرْضَعْنَ لَكُمْ فآتُوهُنَّ**

(١) القصص : (٢٧) .

أُجُورَهُنَّ ﴾[1] . ومن السنة الثابتة ما خرجه البخاري[2] عن عائشة قالت : « استأجر رسول الله ﷺ وأبو بكر رجلًا من بني الدِّيل هاديًا خرِّيتًا وهو على دين كُفَّار قُريشٍ ، فدفَعا إليـه راحلَتَيْهِمَا وواعدهُ غَار ثَوْرٍ بعدَ ثلاثِ لَيالٍ براحِلَتيهما » وحديث جابر[3] « أنه باع من النبي ﷺ بعيرًا وشرط ظهره إلى المدينة » وما جاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤهَ بالأجر ، وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات إنما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الأعيان المحسوسة والمنافع في الإجارات في وقت العقد معدومة ، فكان ذلك غررًا ومن بيع مالم يخلق ، ونحن نقول : إنها وإن كانت معدومة في حال العقد فهى مستوفاة في الغالب ، والشرع إنما لحظ من هذه المنافع ما يستوفي في الغالب ، أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

• القسم الأول :

وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلاً له وصفتها . فأما الثمن فينبغي أن يكون مما يجوز بيعه ، وقد تقدم ذلك

---

(١) الطلاق : (٦) .

(٢) في صحيحه (٧ /٢٣٠ رقم ٣٩٠٥) .
قلت : هو كذلك ، وهو قطعة من حديث الهجرة ، وقد أخرجه أيضاً البيهقي (٦ /١١٨) مختصراً كما فعل البخاري في صحيحه (٤ /٤٤٢ رقم ٢٢٦٣) و (٤ /٤٤٣ رقم ٢٢٦٤) .
عن عائشة رضي الله عنها ، قالت : « واستأجَر النبي ﷺ وأبو بكرٍ رجلاً من بني الديل ثم من بني عبدِ بنِ عَدِيّ هادياً خِرِّيتاً - الخِرِّيت : الماهر بالهدايةِ - قد غمسَ يمينَ حلْفٍ في آل العاص بنِ وائل ، وهو على دينِ كفارِ قُريشٍ ، فأمِناهُ ، فدفَعا إليه راحلتيهما ، وواعداهُ غارَ ثورٍ بعدَ ثلاثِ ليَالٍ ، فأتاهُما براحِلَتيهِما صَبيحةَ ليالٍ ثلاثٍ فارْتَحَلا ، وانطلقَ مَعهما عامِرُ بنُ فُهيرةَ والدليلُ الدِّيليُّ فأخذَ بهم أسفلَ مكةَ وهو طريقُ الساحل » .

(٣) تقدم تخريجه في البيوع .

في باب البيوع . وأما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه ، وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها ، فمما اجتمعوا على إبطال إجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين ، كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع ، مثل أجر النوائح وأجر المغنيات ، وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الإنسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها ، واتفقوا على إجارة الدور والدواب والناس على الأفعال المباحة ، وكذلك الثياب والبسط . واختلفوا في إجارة الأرضين وفي إجارة المياه وفي إجارة المؤذن ، وفي الإجارة على تعليم القرآن ، وفي إجارة نزوّ الفحول . فأما كراء الأرضين فاختلفوا فيها اختلافًا كثيرًا ، فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الأقل ، وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن ، وقال الجمهور بجواز ذلك . واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها ، فقال قوم : لا يجوز كراؤها إلا بالدراهم والدنانير فقط ، وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب ، وقال قوم : يجوز كراء الأرض بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن ، وما عدا ما ينبت فيها كان طعامًا أو غيره ، وإلى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه . وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بما عدا الطعام فقط ، وقال آخرون : يجوز كراء الأرض بكل العروض والطعام وغير ذلك ما لم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام ، وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين ، وهو قول الشافعي وظاهر قول مالك في الموطأ ، وقال قوم : يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها ، وبه قال أحمد والثوري والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة وابن أبي ليلى والأوزاعي وجماعة . وعمدة من لم يجز كراءها بحال ما رواه مالك[1] بسنده عن رافع بن خديج « أن

---

(١) في الموطأ (٢ /٧١١ رقم ١) .

قلت : ومن طريق مالك أخرجه أحمد (٤ /١٤٠) ، ومسلم (٣ /١١٨٣) رقم (١١٥ /١٥٤٧) ، وأبو داود (٣ /٦٨٦ رقم ٣٣٩٣) ، والنسائي (٧ /٤٣ – =

رسول الله ﷺ نهى عن كراء المزارع » قالوا : وهذا عام ، وهؤلاء لم يلتفتوا إلى ما روى مالك من تخصيص الراوي له حين روى عنه ، قال حنظلة : فسألت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال : لا بأس به . وروى هذا عن رافع ابنُ عُمر وأخذ بعمومه ، وكان ابن عمر قبل يكري أرضه فترك ذلك ، وهذا بناء على رأى من يرى أنه لا يخصص العموم بقول الراوي . وروي عن رافع بن خديج عن أبيه قال « نهى رسول الله ﷺ عن إجارة الأرضين »[1] قال أبو عمر بن عبد البر . واحتجوا أيضًا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر[2] قال : خطبنا رسول الله ﷺ فقال : « مَنْ كانَتْ لَهُ

= ٤٤) ، والدارقطني (٣ /٣٦ رقم ١٤٦) ، والبيهقي (٦ /١٣١) .

● وأخرجه أحمد (٤ /١٤٢) ، والبخاري (٥ /٢٥ رقم ٢٣٤٦ ، ٢٣٤٧) ، ومسلم (٣ /١١٨٣ رقم ١١٦ /١٥٤٧) ، وغيرهم .

من طريق الليث ، ومن طريق الأوزاعي ، عن ربيعة به نحوه .

(١) قلت : رواية رافع بن خديج لهذا الحديث عن أبيه وهم ، نبه عليه الحافظ في الإصابة (٣ /٨٣ -٨٤ رقم ١٥٠٦) ، فذكر خديج بن رافع بن عدي الأنصاري والد رافع ، وقال : « ذكره البغوي ومن تبعه في الصحابة ، وأوردوا له حديثاً فيه وهم - فذكر الحديث وبين الوهم فيه ثم قال - ووقع في الأطراف لابن عساكر مسند خديج ابن رافع والد رافع على ما قيل حدَّث أن النبي ﷺ نهى عن كراء الأرض » رواه النسائي في المزارعة عن علي بن حُجر عن عبيد الله بن عمرو عن عبد الكريم الجزري عن مجاهد قال : أخذت بيد طاوس حتى أدخلته على رافع بن خديج فحدثه عن أبيه ، فذكره ، قال : كذا قال عبد الكريم ، والصواب : فأدخلته على ابن رافع ، كذا حدّث به عمرو بن دينار عن طاوس ومجاهد . قال المزي : الذي في الأصول الصحيحة من النسائي - (٧ /٣٤ -٣٥) - فأدخلته على ابن رافع . فلعل (ابن) سقط عن نسخة ابن عساكر » اهـ .

(٢) أخرجه البخاري (٥ /٢٢ رقم ٢٣٤٠) ، ومسلم (٣ /١١٧٦ -١١٧٨ رقم ٨٨ ، ٨٩ ، ٩١ ، ٩٤ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٨ /١٥٣٦) ، والنسائي (٧ /٣٦ -٣٨) ، وابن ماجه (٢ /٨١٩ -٨٢٠ رقم ٢٤٥١ و ٢٤٥٤) ، والطحاوي في شرح المعاني =

أرْضٌ فَلْيَزْرَعْها أوْ لِيُزْرِعْهَا ولا يُؤاجِرْها » فهذه هي جملة الأحاديث التى تمسك بها من لم يجز كراء الأرض . وقالوا أيضًا من جهة المعنى : إنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر ؛ لأنه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق ، فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن ينتفع من ذلك بشيء . قال القاضي : ويشبه أن يقال في هذا إن المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الأرض كما نهي عن بيع الماء ، ووجه الشبه بينهما أنهما أصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجز كراءها إلا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبد الرحمن عن سعيد ابن المسيب عن رافع بن خديج[1] عن النبي ﷺ أنه قال : « إنَّما يَزْرَعُ ثَلاثَةٌ ، رَجُلٌ لهُ أرْضٌ فَيزْرعُها ، ورجُل مُنِحَ أرْضا فَهُو يَزْرعُ ما مُنِحَ ، ورجُلٌ اكْتَرَى بِذَهَبٍ أوْ فِضَّة » قالوا : فلا يجوز أن يتعدى ما في هذا الحديث والأحاديث الأخر مطلقة وهذا مقيد ، ومن الواجب حمل المطلق على المقيد . وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ما عدا الطعام ، وسواء كان الطعام مدخرًا أو لم يكن حديث

= (٤/ ١٠٧ -١٠٨) ، والبيهقي (٦/ ١٢٨) ، وأحمد (٣/ ٣٠٢، ٣٠٤ ، ٣١٢ ، ٣٥٤، ٣٩٢) من طرق عن جابر .

(١) أخرجه أبو داود (٣/ ٦٩١ رقم ٣٤٠٠) ، والنسائي (٧/ ٤٠) ، وابن ماجه (٢/ ٨١٩ رقم ٢٤٤٩) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤/ ١٠٦) ، وفي المشكل (٣/ ٢٨٤) ، والدارقطني (٣/ ٣٦ رقم ١٤٥) ، والبيهقي (٦/ ١٣٢) .
من طريق أبي الأحوص : ثنا طارق بن عبد الرحمن ، عن سعيد بن المسيب ، عن رافع بن خديج قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة ، والمزابنة ، وقال .. » فذكره .
قلت : وهذا إسناد حسن ، ورجاله كلهم ثقات رجال الشيخين ، وفي طارق بن عبد الرحمن - وهو البجلي الأحمس - كلام لا يضر إن شاء الله تعالى .
وللحديث شواهد كثيرة في « الصحيحين » وغيرهما ، وهو دليل صريح في جواز استئجار الأرض بالنقدين للزراعة ، خلافاً لبعضهم .
[الصحيحة للمحدث الألباني (رقم ١٧١٥)] .

يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج[1] قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ كانتْ لَهُ أرْضٌ فَلْيَزْرَعْها أوْ نُيزرِعْها أخاهُ ، ولا يُكْرِها بِثُلُثٍ ولا رُبُع ولا بِطَعامٍ مُعَيَّنٍ » قالوا : وهذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله ﷺ عنها[2] وذكروا حديث سعيد بن المسيب مرفوعًا ، وفيه : والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة[3]. قالوا : وأيضا فإنه من باب بيع الطعام

---

(١) أخرجه مسلم (٣ /١١٨١ رقم ١١٣ /١٥٤٨) ، وأبو داود (٣ /٦٨٩ رقم ٣٣٩٥) ، والنسائي (٧ /٤١ -٤٢) ، وابن ماجه (٢ /٨٢٣ رقم ٢٤٦٥) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٠٦) ، والبيهقي (٦ /١٣١) من أوجه عن يعلى ، إلا أن أكثرهم قال : عن رافع بن خديج ، قال : « كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ ، فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال : نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً ، وطواعيةُ اللهِ ورسولِهِ أنفع لنا وأنفع ، قال : قلنا وما ذاك ؟ قال : قال رسول الله ﷺ : « من كانت له أرض » فذكر مثله ، غير أنه قال : « ولا بطعام مسمًّى » .
وأخرجه مسلم (٣ /١١٨٢ رقم ١١٣ /١٥٤٨) من طريق جرير بن حازم عن يعلى بن حكيم بهذا الإسناد عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ ولم يقل عن بعض عمومته .

(٢) قلت : ورد النهي عن المحاقلة من حديث جماعة من الصحابة .
(**منهم**) : أبو سعيد الخدري :
أخرجه البخاري (٤ /٣٨٤ رقم ٢١٨٦) ، ومسلم (٣ /١١٧٩ رقم ١٠٥ / ١٥٤٦) ، ومالك (٢ /٦٢٥ رقم ٢٤) ، والدارمي (٢ /٢٥٢) ، وغيرهم .
(**ومنهم**) : جابر بن عبد الله :
أخرجه البخاري (٥ /٥٠ رقم ٢٣٨١) ، ومسلم (٣ /١١٧٤ رقم ٨١ /١٥٣٦) ، والترمذي (٣ /٦٠٥ رقم ١٣١٣) ، والطيالسي (ص ٢٤٦ رقم ١٧٨٢) ، وغيرهم .
(**ومنهم**) : أنس :
أخرجه البخاري (٤ /٤٠٤ رقم ٢٢٠٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١١٢) .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٦٢٥ رقم ٢٥) .
عن ابن شهاب ، عن سعيد بن المسيب : « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة =

بالطعام نسيئة . وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها ، أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام . وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ما ورد من نهيه ﷺ عن المخابرة[1] ، قالوا : وهي كراء الأرض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه ، وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها أنه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم ، فجاز قياسًا على إجارة سائر المنافع ، وكأن هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع . روي عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع أنهم قالوا : اكترى رافع . قالوا : وقد جاء في بعض الروايات عنه ما يجب أن يحمل عليها سائرها قال:« كنا أكثر أهل المدينة حقلًا ، قال : وكان أحدنا يكري أرضه ويقول : هذه القطعة لي وهذه لك ، وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه ، فنهاهم النبي ﷺ » خرجه البخاري[2] . وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها ، فعمدته النظر والأثر . أما الأثر فما ورد من النهي عن المخابرة[3] ، وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن رافع قال: « نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان رفقا بنا ، فقلت ما قال رسول الله ﷺ فهو حق قال : « دعاني رسول الله ﷺ فقال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ قلنا : نؤاجرها على الربع وعلى الأوسق من التمر والشعير ، فقال رسول الله ﷺ :

= والمحاقلة ، والمزابنة : اشتراء الثمر بالتمر ، والمحاقلة : اشتراء الزرع بالحنطة ، واستكراء الأرض بالحنطة » .

(١) أخرجه البخاري (٥ /٥٠ رقم ٢٣٨١) ، ومسلم (٣ /١١٧٤ رقم ٨١ /١٥٣٦) من حديث جابر .
وفي الباب عن جماعة .

(٢) في صحيحه (٥ /١٥ رقم ٢٣٣٢) .
قلت : وأخرجه مسلم (٣ /١١٨٣ رقم ١١٧ /١٥٤٧) فهو متفق عليه .
وله عندهما ألفاظ غير هذا .

(٣) تقدم النهي عن المخابرة قريباً .

لا تَفْعَلُوا ، ازْرَعُوها أو زَارِعُوها أَوْ أمْسِكُوها » وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الإمامان البخاري[1] ومسلم[2] . وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر[3] الثابت « أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » قالوا : وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع ؛ لأنها مضطربة المتون ، وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لا على الحظر ، بدليل ما خرجه البخاري[4] ومسلم[5] عن ابن عباس أنه قال « إن النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال : إن يَمْنَحْ أَحَدُكُمْ أخاهُ يَكُنْ خَيْرًا لَهُ مِنْ أنْ يأْخُذَ منه شَيْئًا » قالوا : وقد قدم معاذ ابن جبل اليمن حين بعثه رسول الله ﷺ وهم يخابرون فأقرهم[6] .

---

(١) في صحيحه (٥ /٢٢ رقم ٢٣٣٩) .

(٢) في صحيحه (٣ /١١٨٢ رقم ١١٤ /١٥٤٨) .
قلت : وأخرجه النسائي (٧ /٤٩) ، وابن ماجه (٢ /٨٢١ رقم ٢٤٥٩) ، وأحمد (٤ /١٤٣) من طرق .

(٣) أخرجه البخاري (٥ /١٠ رقم ٢٣٢٩) و (٥ /١٥ رقم ٢٣٣١) ، ومسلم (٣ /١١٨٧ رقم ٥ /١٥٥١) ، وأبو داود (٣ /٦٩٧ رقم ٣٤٠٩) ، والترمذي (٣ /٦٦٦ رقم ١٣٨٣) ، والنسائي (٧ /٥٣) ، وابن ماجه (٢ /٨٢٤ رقم ٢٤٦٧) ، وأحمد (٢ /١٧، ٢٢، ٣٠، ٣٧، ١٤٩، ١٥٧) ، وغيرهم بألفاظ متعددة .

(٤) في صحيحه (٥ /١٤ رقم ٢٣٣٠) .

(٥) في صحيحه (٣ /١١٨٤ رقم ١٢١ /١٥٥٠) .
قلت : وأخرجه أحمد (١ /٢٣٤، ٢٨١، ٣١٣) ، وأبو داود (٣ /٦٨٢ رقم ٣٣٨٩) ، والترمذي (٣ /٦٦٨ رقم ١٣٨٥) ، وابن ماجه (٢ /٨٢٣ رقم ٢٤٦٢) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١١٠) ، والبيهقي (٦ /١٣٤) .

(٦) أخرج الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١١٤) .
حدثنا أبو بكرة ثنا إبراهيم بن بشار ثنا سفيان عن عمرو بن دينار عن طاوس : « أن معاذاً قدم إلى اليمن وهم يخابرون فأقرهم على ذلك » .
● وأخرجه ابن ماجه (٢ /٨٢٣ رقم ٢٤٦٣) .

=

• **وأما إجارة المؤذن .**

فإن قومًا لم يروا في ذلك بأسًا ، وقومًا كرهوا ذلك ، والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بما روي عن عثمان بن أبي العاص[1] قال : قال رسول الله ﷺ « اتخِذْ مُؤَذّنا لا يَأخُذُ عَلى أذَانِه أجْرًا » والذين أباحوه قاسوه على الأفعال غير الواجبة ، وهذا هو سبب الاختلاف ، أعني : هل هو واجب أم ليس بواجب ؟.

وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضًا ، وكرهه قوم ،

= من طريق مجاهد عن طاوس : « أن معاذاً أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والربع فهو يعمل به إلى يومك هذا » .
قال البوصيري في « مصباح الزجاجة » (٢ /٥٤ رقم ٨٧١) : « هذا إسناد صحيح رجاله ثقات ، وله شاهد من حديث ابن عباس رواه أصحاب الكتب الستة » اهـ .
وقد صححه الألباني في صحيح سنن ابن ماجه .

(١) وهو حديث صحيح ، وله عن عثمان ثلاثة طرق :
(**الأولى**) : عن سعيد الجريري عن أبي العلاء عن مطرف بن عبد الله عنه قال : « قلت : يا رسول الله ، اجعلني إمام قومي ، قال:أنت إمامهم ، واقتد بأضعفهم ، واتخذ مؤذناً ... » الحديث .
أخرجه أبو داود (١ /٣٦٣ رقم ٥٣١) ، والنسائي (٢ /٢٣) ، والحاكم (١ /١٩٩ ، ٢٠١) ، وعنه البيهقي (١ /٤٢٩) ، وأحمد (٤ /٢١ ، ٢١٧) .
وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين . ووافقه الذهبي . وقال الألباني في الإرواء (٥ /٣١٦) : وهو كما قالا ، وأحد طريقي أحمد على شرطهما .
(**الثانية**) : عن أشعث بن عبد الملك الحمراني عن الحسن عنه قال : « إن من آخر ما عهد إلي رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذناً ، لا يأخذ على أذانه أجراً » .
أخرجه الترمذي (١ /٤٠٩ رقم ٢٠٩) ، وابن ماجه (١ /٢٣٦ رقم ٧١٤) .
وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .
(**الثالثة**) : عن موسى بن طلحة عن عثمان بن أبي العاص به .
أخرجه أبو عوانة في صحيحه (٢ /٨٦ -٨٧) .
وقال الألباني في الإرواء (٥ /٣١٦) : « إسناده صحيح على شرط مسلم ، وأصله في « صحيحه » (٢ /٤٢ -٤٣) » اهـ .

وأجازه آخرون . والذين أباحوه قاسوه على سائر الأفعال ، واحتجوا بما روي عن خارجة بن الصامت عن عمه[1] قال : « أقبلنا من عند رسول الله ﷺ ، فأتينا على حي من أحياء العرب فقالوا : إنكم جئتم من عند هذا الرجل فهل عندكم دواء أو رقية ، فإن عندنا معتوها في القيود ، فقلنا لهم : نعم ، فجاءوا به ، فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بريقي ثم أتفل عليه ، فكأنما أنشط من عقال فأعطوني جعلًا ، فقلت : لا حتى أسأل رسول الله ﷺ ، فسألته فقال : كُل فَلَعَمْرِي لَمَنْ أَكَلَ بِرُقْيَةٍ باطِلًا فَلَقَد أَكَلْتَ بِرُقْيَةٍ حَقًّا » وبما روي عن أبي سعيد الخدري[2] « أن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا في غزاة ، فمروا بحي من أحياء العرب ، فقالوا : هل عندكم من راق ، فإن سيد الحي قد لدغ أو قد عرض له ، قال : فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرأ ، فأعطي قطيعا من الغنم ، فأبى أن يقبلها ، فسأل عن ذلك رسول الله ﷺ فقال : بمَ رَقَيْتَهُ ؟ قال : بفاتحة الكتاب ، قال : وما يُدْرِيكَ أَنَّها رُقْيَةٌ ؟ قال : ثم قال رسول الله ﷺ : خُذُوها واضْرِبُوا لى مَعَكُمْ فِيها بِسَهْمٍ » . وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا : هو من باب الجعل على تعليم الصلاة . قالوا : ولم يكن الجعل المذكور في الإجارة على تعليم القرآن وإنما كان على الرق ، وسواء

---

(١) أخرجه أبو داود (٣ /٧٠٦ رقم ٣٤٢٠) ، والنسائي في عمل اليوم والليلة (رقم ١٠٣٢) ، وابن السني في عمل اليوم والليلة أيضاً (رقم ٦٣٠) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٢٦) ، والطيالسي (ص ١٩٤ رقم ١٣٦٢) ، وأحمد (٥ /٢١١) ، وابن حبان في صحيحه (٧ /٦٣٦ رقم ٦٠٧٧) . وحسنه الدكتور فاروق حمادة .

(٢) أخرجه البخاري (٤/٤٥٣ رقم ٢٢٧٦) ، ومسلم (٤/١٧٢٧ رقم ٢٢٠١/٦٥) ، وأبو داود (٤ /٢٢٢ رقم ٣٩٠٠) ، والترمذي (٤ /٣٩٩ رقم ٢٠٦٤) ، وابن ماجه (٢ /٧٢٩ رقم ٢١٥٦) ، وأحمد (٣ /١٠، ٤٤) ، والنسائي في عمل اليوم والليلة (رقم ١٠٢٧) ، وابن السني في عمل اليوم والليلة (رقم ٦٣٦) .

كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عليه عندنا جائز كالعلاجات . قالوا : وليس واجبًا على الناس ، وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس .

وأما إجارة الفحول من الإبل والبقر والدواب ، فأجاز مالك أن يكري الرجل فحله على أن ينزو أكوامًا معلومة ، و لم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعي . وحجة من لم يجز ذلك ما جاء من النهي عن عسيب الفحل[1] ، ومن أجازه شبهه بسائر المنافع ، وهذا ضعيف ؛ لأنه تغليب القياس على السماع ، واستئجار الكلب أيضًا هو من هذا الباب ، وهو لا يجوز عند الشافعي ؛ ولا عند مالك . والشافعي يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها ، فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ، ولا طعام لتزين الحانوت ، إذ هذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي . ومن هذا الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه ، وإنما منع من منع إجازتها لأنه لم يتصور فيها منفعة ، إلا بإتلاف عينها ، ومن أجاز إجارتها يتصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هذا الباب ، فهذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنًا في المبيعات وما لا يجوز . ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روي « أنه ﷺ نهى عن

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٤٦١ رقم ٢٢٨٤) ، وأبو داود (٣ /٧١١ رقم ٣٤٢٩) ، والترمذي (٣ /٥٧٢ رقم ١٢٧٣) ، والنسائي (٧ /٣١٠) ، والحاكم (٢ /٤٢) ، وأحمد (٢ /١٤) ، والبيهقي (٥ /٣٣٩) .
من حديث ابن عمر : « أن النبي ﷺ نهى عن عَسْبِ الفحل » .
وفي الباب عن جماعة .

عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان »[1] قال الطحاوي : معنى نهي النبي ﷺ عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح إلى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه ، قالوا : وهذا لا يجوز عندنا ، وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ، ولا هي من الأشياء التي تكون ديونًا على الذمم ، ووافقه الشافعي على هذا . وقال أصحابه : لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق ، فسد لنهيه ﷺ عن قفيز الطحان ، وهذا على مذهب مالك جائز ، لأنه استأجره على جزء من الطعام معلوم ، وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضًا .

وأما كسب الحجام ، فذهب قوم إلى تحريمه ، وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا : كسبه رديء يكره للرجل ، وقال آخرون : بل هو مباح .

والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب ، فمن رأى أنه حرام احتج بما روي عن أبي هريرة[2] قال : قال رسول الله ﷺ :« مِنَ السُّحْتِ كَسْبُ الحَجَّامِ » ، وبما روي عن أنس بن مالك[3] قال:« حرم رسول الله ﷺ

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (٢ /٣٠١ رقم ٥١ /١٠٢٤) ، والطحاوي في مشكل الآثار (١ /٣٠٧) ، والدارقطني (٣ /٤٧ رقم ١٩٥) ، والبيهقي (٥ /٣٣٩) من حديث أبي سعيد الخدري .
وفي الباب عن ابن عمر عند البخاري (٤ /٤٦١ رقم ٢٢٨٤) ، وأبي داود (٣ /٧١١ رقم ٣٤٢٩) ، والترمذي (٣ /٥٧٢ رقم ١٢٧٣) ، والنسائي (٧ /٣١٠) .
وفي الباب أيضاً ، عن أنس ، وجابر ، وأبي هريرة عند النسائي (٧ /٣١٠- ٣١١) .

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٢٩) ، والخطيب في تاريخ بغداد (١ /٣٣٩) ، وأحمد (٢ /٢٩٩، ٣٣٢، ٣٤٧، ٤١٥، ٥٠٠) ، والحازمي في « الاعتبار » (ص ١٧٦) ، وابن حبان (ص ٢٧٣ رقم ١١١٨ - الموارد) ، والبيهقي (٦ /٦) .

(٣) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٢٩) .

كسب الحجام » وروي عن عون بن أبي جحيفة[1] قال : اشترى أبي حجامًا فكسر محاجمه ، فقلت له يا أبت لم كسرتها ؟ فقال « إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم » . وأما من رأى إباحة ذلك ، فاحتج بما روي عن ابن عباس[2] قال « احتجم رسول الله ﷺ وأعطى الحجام أجره » قالوا : ولو كان حرامًا لم يعطه ، وحديث جابر[3] « أن رسول الله ﷺ دعا أبا طيبة فحجمه ، فسأله كم ضريبتك ؟ فقال : ثلاثة آصع ، فوضع عنه صاعًا » وعنه[4] أيضا « أنه أمر للحجام بصاع من طعام ، وأمر مواليه أن يخففوا عنه » وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روي أن رفاعة بن رافع أو رافع بن رفاعة[5] جاء إلى مجلس الأنصار فقال : « نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام وأمرنا أن نطعمه ناضحنا » وبما روي[6] « عن رجل من بني حارثة كان له حجام ، وسأل رسول الله ﷺ

---

(١) أخرجه البخاري (٤ /٣١٤ رقم ٢٠٨٦) ، وأحمد (٤ /٣٠٨ ، ٣٠٩) ، والبيهقي (٦ /٦) .

(٢) أخرجه البخاري (٤ /٣٢٤ رقم ٢١٠٣) و (٤ /٤٥٨ رقم ٢٢٧٨ و ٢٢٧٩) ، ومسلم (٣ /١٢٠٥ رقم ٦٥ ، ٦٦ /١٢٠٢) .

(٣) أخرجه الطيالسي (صـ٢٣٨ رقم ١٧٢٣) ، وأحمد (٣ /٣٥٣) ، وأبو يعلى في المسند (٣ /٣١٢ رقم ١٠ /١٧٧٧) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٣٠) من وجهين عن جابر .

(٤) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٣٠) .

(٥) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤ /١٣١) ، وأحمد (٤/٣٤١) ، وأبو داود (٣ /٧١٠ رقم ٣٤٢٦) ، والبيهقي (٦ /١٢٦) .
وهو حديث حسن قاله الألباني في صحيح أبي داود .

(٦) أخرجه مالك (٢ /٩٧٤ رقم ٢٨) ، وأحمد (٥ /٤٣٥ ، ٤٣٦) ، وأبو داود (٣ /٧٠٧ رقم ٣٤٢٢) ، والترمذي (٣ /٥٧٥ رقم ١٢٧٧) ، وابن ماجه (٢ /٧٣٢ رقم ٢١٦٦) ، والطحاوي في شرح المعاني (٤ /١٣١) ، والسياق المذكور هنا له . إلا أن ابن رشد أسقط اسم الرجل وهو « مُحَيِّصة » وقال الترمذي : حديث حسن صحيح وانظر الصحيحة للألباني (رقم ١٤٠٠) .

عن ذلك فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، ثم عاد فنهاه ، فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله ﷺ : اعْلِفْ كَسْبَهُ ناضِحَكَ وأطْعِمْهُ رَقِيقَكَ » . ومن هذا الباب أيضًا اختلافهم في إجارة دار بسكنى دار أخرى ، فأجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ، ولعله رآها من باب الدين بالدين ، وهذا ضعيف ، فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة .

وأما ما يتعلق بأوصافها فنذكر أيضًا المشهورة منها ، فمن ذلك أن جمهور فقهاء الأمصار مالك وأبا حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة أن من شرط الإجارة أن يكون الثمن معلومًا والمنفعة معلومة القدر ، وذلك إما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب ، وإما بضرب الأجل إذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الأجير ، وذلك إما بالزمان إن كان عملًا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت ، وإما بالمكان إن كان مشيًا مثل كراء الرواحل . وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف إلى جواز إجارات المجهولات مثل أن يعطي الرجل حماره لمن يسقي عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود عليه . وعمدة الجمهور أن الإجارة بيع فامتنع فيها من الجهل – لمكان الغبن – ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثاني بقياس الإجارة على القراض والمساقاة ، والجمهور على أن القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الأصول ؛ واتفق مالك والشافعي على أنهما إذا ضربا للمنفعة التي ليس لها غاية أمدًا من الزمان محدودًا ، وحددوا أيضا أول ذلك الأمد ، وكان أوله عقب العقد أن ذلك جائز . واختلفوا إذا لم يحددوا أول الزمان أو حددوه و لم يكن عقب العقد ، فقال مالك : يجوز إذا حدد الزمان و لم يحدد أوله ، مثل أن يقول له : استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا أو شهرًا بكذا ، ولا يذكر أول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة ، وقال الشافعي : لا يجوز ، ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الإجارة ، فمنعه الشافعي ؛ لأنه غرر ، وأجازه مالك ؛ لأنه معلوم بالعادة ، وكذلك لم يُجِزْ الشافعي إذا

كان أول العقد متراخيًا عن العقد ، وأجازه مالك . واختلف قول أصحابه في استئجار الأرض غير المأمونة ، والتغيير فيما بعد من الزمان ، وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذي تقدر به هذه المنافع ، فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة ، مثل أن يكري الدار لعشرة أعوام أو أكثر ، مما لا تتغير الدار في مثله ، وقال الشافعي : لا يجوز ذلك لأكثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون في أرض المطر وأرض السقي بالعيون وأرض السقي بالآبار والأنهار ، فأجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة ، وفصل ابن الماجشون فقال : لا يجوز الكراء في أرض المطر إلا لعام واحد ، وأما أرض السقي بالعيون فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام وأربعة ، وأما أرض الآبار والأنهار فلا يجوز إلا لعشرة أعوام فقط . فالاختلاف هٰهنا في ثلاثة مواضع : في تحديد أول المدة ، وفي طولها ، وفي بعدها من وقت العقد ، وكذلك اختلف مالك والشافعي إذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذي يجب لأقل المدة مثل أن يقول : أكتري منك هذه الدار الشهر بكذا ، ولا يضربان لذلك أمدًا معلومًا ، فقال الشافعي : لا يجوز ، وقال مالك وأصحابه : يجوز على قياس : أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم ، وهذا لا يجوز غيره .

وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الأشياء ، هل هو من الغرر المعفوّ عنه أو المنهي عنه ؟ ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والإجارة ، أجازه مالك ، ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ، ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع إلا الإجارة فقط . ومن هذا الباب اختلافهم في إجارة المشاع ، فقال مالك والشافعي : هي جائزة ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز ؛ لأن عنده أن الانتفاع بها مع الإشاعة متعذر ، وعند مالك والشافعي أن الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكري بها مع شريكه ؛ أعني : رب المال . ومن هذا الباب استئجار الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظئر ، فمنع الشافعي ذلك على الإطلاق ، وأجاز ذلك مالك على

الإطلاق ؛ أعني : في كل أجير ، وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط .

وسبب الخلاف هل هي إجارة مجهولة ، أم ليست مجهولة ؟ فهذه هي شرائط الإجارة الراجعة إلى الثمن والمثمون . وأما أنواع الإجارة فإن العلماء على أن الإجارة على ضربين : إجارة منافع أعيان محسوسة ، وإجارة منافع في الذمة قياسا على البيع . والذي في الذمة من شرطه الوصف . والذي في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ، ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع ، وذلك في الشيء الذي تستوفى منافعه ، وفي الشيء الذي تستوفى به منافعه فلابد من وصف المركوب مثلًا ، والحمل الذي تستوفى به منفعة المركوب . وعند مالك أن الراكب لا يحتاج أن يوصف ، وعند الشافعي يحتاج إلى الوصف ، وعند ابن القاسم أنه إذا استأجر الراعي على غنم بأعيانها أن من شرط صحة العقد اشتراط الخلف ، وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط . ومن شرط إجارة الذمة أن يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين ، كما أن من شرط إجارة الأرض غير المأمونة السقي عنده أن لا يشترط فيها النقد إلا بعد الري . واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا ؟ فقال مالك : يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين ، وقال الشافعي : لا يجوز ، فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة في هذا القسم الأول من هذا الكتاب ، وهو الذي يشتمل على النظر في محالّ هذا العقد وأوصافه وأنواعه ، وهي الأشياء التي تجري من هذا العقد مجرى الأركان ، وبها يوصف العقد إذا كان على الشروط الشرعية بالصحة وبالفساد إذا لم يكن على ذلك ، وبقي النظر في الجزء الثاني ، وهو أحكام هذا العقد .

○ الجزء الثاني من هذا الكتاب ○
[وهو النظر في أحكام الإجارات]

وأحكام الإجارات كثيرة ، ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين :

الجملة الأولى : في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارئ عليه .

الجملة الثانية : في أحكام الطوارئ .

وهذه الجملة تنقسم في الأشهر إلى معرفة موجبات الضمان وعدمه ، ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ، ومعرفة حكم الاختلاف .

• الجملة الأولى .

ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكري دفع الكراء إذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن ؟ فعند مالك وأبي حنيفة : أن الثمن إنما يلزم جزءا فجزءًا بحسب ما يقبض من المنافع ، إلا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم ، مثل أن يكون عوضًا معينًا أو يكون كراء في الذمة . وقال الشافعي : يجب عليه الثمن بنفس العقد . فمالك رأى أن الثمن إنما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض ، والشافعي كأنه رأى أن تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة أو دارًا وما أشبه ذلك ، هل له أن يكري ذلك بأكثر مما اكتراه ؟ فأجازه مالك والشافعي وجماعة قياسًا على البيع ، ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه . وعمدتهم أنه من باب ربح ما لم يضمن ؛ لأن ضمان الأصل هو من ربه ؛ أعني : من المكري ، وأيضًا فإنه من باب بيع ما لم يقبض ، وأجاز ذلك بعض العلماء إذا أحدث فيها عملًا . وممن لم يكره ذلك إذا وقع بهذه الصفة

سفيان الثوري والجمهور ، رأوا أن الإجارة في هذا شبيهة بالبيع ، ومنها أن يكري الدار من الذي أكراها منه ، فقال مالك : يجوز ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وكأنه رأى أنه إذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل . ومنها إذا اكترى أرضًا ليزرعها حنطة فأراد أن يزرعها شعيرًا ، أوما ضرره مثل ضرر الحنطة أو دونه ، فقال مالك : له ذلك ، وقال داود : ليس له ذلك . ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراة ، فالمشهور عن ابن القاسم أنه على أرباب الدور ، وروي عنه أنه على المكتري ، وبه قال الشافعي ، واستثنى ابن القاسم من هذه : الفنادق التي تدخلها قوم وتخرج قوم ، فقال : الكنس في هذه على رب الدار . ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار ، هل يلزم رب الدار إصلاحه ، أم ليس يلزم ؟ وينحط عنه من الكراء ذلك القدر ؟ فقال ابن القاسم : لا يلزمه ، وقال غيره من أصحابه : يلزمه . وفروع هذا الباب كثيرة ، وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

• **الجملة الثانية .**

وهي النظر في أحكام الطوارىء .

○ الفصل الأول منه ، وهو النظر في الفسوخ ○

فنقول : إن الفقهاء اختلفوا في عقد الإجارة ، فذهب الجمهور إلى أنه عقد لازم ، وحكي عن قوم أنه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة . والذين قالوا إنه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به ، فذهب جماعة فقهاء الأمصار ، مالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم إلى أنه لا ينفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارىء على المستأجر ، مثل أن يكري دكانًا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق . وعمدة الجمهور قوله تعالى : ﴿ **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** ﴾[1] لأن الكراء عقد على منافع فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة فلم ينفسخ ، أصله البيع . وعمدة أبي حنيفة أنه شبه ذهاب ما به تستوفى المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة . وقد اختلف قول مالك إذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص ، فقال عبد الوهاب : الظاهر من مذهب أصحابنا أن محل استيفاء المنافع لا يتعين في الإجارة ، وإن عين فذلك كالوصف لا ينفسخ ببيعه أو ذهابه . بخلاف العين المستأجرة إذا تلفت ، قال : وذلك مثل أن يستأجر على رعاية غنم بأعيانها أو خياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد ، وعلى المستأجر أن يأتي بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه ، قال : وقد قيل إنها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل . وقال بعض المتأخرين : إن ذلك ليس اختلافًا في المذهب وإنما ذلك على قسمين : أحدهما أن يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه

---

(١) المائدة : (١) .

أو مما لا تقصد عينه ، فإن كان مما تقصد عينه انفسخت الإجارة كالظئر إذا مات الطفل ، وإن كان مما لا يقصد عينه لم تنفسخ الإجارة على رعاية الغنم بأعيانها أو بيع طعام في حانوت وما أشبه ذلك . واشتراط ابن القاسم في المدونة أنه إذا استأجر على غنم بأعيانها ، فإنه لا يجوز إلا أن يشترط الخلف ، هو التفات منه إلى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين ، لكن لما رأىٰ التلف سائقًا إلى الفسخ رأى أنه من باب الغرر ، فلم يجز الكراء عليها إلا باشتراط الخلف . ومن نحو هذا اختلافهم في هل ينفسخ الكراء بموت أحد المتعاقدين ؛ أعني : المكري أو المكتري ، فقال مالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور : لا ينفسخ ويورث عقد الكراء ، وقال أبو حنيفة والثوري والليث : ينفسخ . وعمدة من لم يقل بالفسخ ؛ أنه عقد معاوضة ، فلم ينفسخ بموت أحد المتعاقدين أصله البيع . وعمدة الحنفية أن الموت نقلة لأصل الرقبة المكتراة من ملك إلى ملك ، فوجب أن يبطل ، أصله البيع في العين المستأجرة مدة طويلة ؛ أعني : أنه لا يجوز ، فلما كان لا يجتمع العقدان معًا غلب هٰـهنا انتقال الملك وإلا بقي الملك ليس له وارث ، وذلك خلاف الإجماع ، وربما شبهوا الإجارة بالنكاح إذ كان كلاهما استيفاء منافع ، والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد ، وربما احتجوا على المالكية فقط بأن الأجرة عندهم تستحق جزءًا فجزءًا بقدر ما يقبض من المنفعة ، قالوا : وإذا كان هذا هكذا فإن مات المالك وبقيت الإجارة ، فإن المستأجر يستوفي في ملك الوارث حقًا بموجب عقد في غير ملك العاقد وذلك لا يصح ، وإن مات المستأجر فتكون الأجرة مستحقة عليه بعد موته ، والميت لا يثبت عليه دين بإجماع بعد موته . وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا ؛ لأن استيفاء الأجرة يجب عندهم بنفس العقد على ما سلف من ذلك ، وعند مالك أن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها أو زرعها ، فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكتري من أن

يزرعها وسائر الجوائح التي تصيب الزرع لا يحط عنه من الكراء شيء ، وعنده أن الكراء الذي يتعلق بوقت مَّا أنه إن كان ذلك الوقت مقصودًا مثل كراء الرواحل في أيام الحج فغاب المكري عن ذلك الوقت أنه ينفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودًا فإنه لا ينفسخ ، هذا كله عنده في الكراء الذي يكون في الأعيان . فأما الكراء الذي يكون في الذمة فإنه لا ينفسخ عنده بذهاب العين التي قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وإنما انعقد على موصوف في الذمة . وفروع هذا الباب كثيرة ، وأصوله هي هذه التي ذكرناها .

○ الفصل الثاني ○

[وهو النظر في الضمان]

والضمان عند الفقهاء على وجهين : بالتعدي ، أو لمكان المصلحة وحفظ الأموال . فأما بالتعدي فيجب على المكري باتفاق ، والخلاف إنما هو في نوع التعدي الذي يوجب ذلك أو لا يوجبه وفي قدره ، فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة إلى موضع مَّا فتعدى بها إلى موضع زائد على الموضع الذي انعقد عليه الكراء ، فقال الشافعي وأحمد : عليه الكراء الذي التزمه إلى المسافة المشترطة ، ومثل كراء المسافة التي تعدى فيها ، وقال مالك : رب الدابة بالخيار في أن يأخذ كراء دابته في المسافة التي تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة ، وقال أبو حنيفة : لا كراء عليه في المسافة المتعداة ، ولا خلاف أنها إذا تلفت في المسافة المتعداة أنه ضامن لها . فعمدة الشافعي أنه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدي على سائر المنافع . وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى أنه قد تعدى عليها فيها نفسها فشبهه بالغاصب ، وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جدًا عما تقتضيه الأصول الشرعية ، والأقرب إلى الأصول في هذه المسألة هو قول الشافعي . وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت عثور تعدّ من صاحب الدابة يضمن بها الحمل ، وكذلك إن كانت الحبال رثة ، ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ، ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ما عدا حامل الطعام والطحان ، فإن مالكًا ضمنه ما هلك عنده ، إلا أن تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأما تضمين الصناع

ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم ، فإنهم اختلفوا في ذلك ، فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف : يضمنون ما هلك عندهم ، وقال أبو حنيفة : لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ، ويضمن المشترك ومن عمل بأجر . وللشافعي قولان في المشترك . والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر ، وقيل هو الذي لم ينتصب للناس ، وهو مذهب مالك في الخاص ، وهو عنده غير ضامن ، وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن ، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر ، وبتضمين الصناع قال علي وعمر ، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك . وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة . وأما من فرق بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر ؛ فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع ، وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القابض ، أصله القرض والعارية عند الشافعي ، وكذلك أيضًا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة ، والأجير عند مالك كما قلنا لا يضمن إلا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجري مجراه ، وكذلك الطحان وما عدا غيرهم فلا يضمن إلا بالتعدي . وصاحب الحمام لا يضمن عنده ، هذا هو المشهور عنه ، وقد قيل : يضمن . وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعدّ منهم ولا تفريط ، وهو شذوذ ، ولا خلاف أن الصناع لا يضمنون مالم يقبضوا في منازلهم . واختلف أصحاب مالك إذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الأجرة أم لا ، إذا كان هلاكه بعد إتمام الصنعة أو بعد تمام بعضها ؟ فقال ابن القاسم : لا أجرة لهم ، وقال ابن المواز : لهم الأجرة ، ووجه ما قال ابن المواز أن المصيبة إذا نزلت بالمستأجر فوجب ألّا يمضي عمل الصانع باطلًا ، ووجه ما قال ابن القاسم أن الأجرة إنما استوجبت في مقابلة العمل ، فأشبه ذلك

إذا هلك بتفريط من الأجير ، وقول ابن المواز أقيس ، وقول ابن القاسم أكثر نظرًا إلى المصلحة ؛ لأنه رأى أن يشتركوا في المصيبة . ومن هذا الباب اختلافهم في ضمان صاحب السفينة ، فقال مالك : لا ضمان عليه ، وقال أبو حنيفة : عليه الضمان إلا من الموج ، وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع ، أو قطع إذا عمله في حانوته ، وإن كان صاحبه قاعدًا معه ، إلا فيما كان فيه تغرير من الأعمال ، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله ، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس ، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث ، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية ، قيل : في ماله ، وقيل : على العاقلة .

○ الفصل الثالث ○

[في معرفة حكم الاختلاف]

وهو النظر في الاختلاف، وفي هذا الباب أيضا مسائل :

فمنها : أنهم اختلفوا إذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة ، فقال أبو حنيفة : القول قول رب المصنوع ، وقال مالك وابن أبي ليلى : القول قول الصانع .

وسبب الخلاف من المدعي منهما على صاحبه ، ومن المدعى عليه ؟.

ومنها : إذا ادعى الصناع رد ما استصنعوا فيه ، وأنكر ذلك الدافع ، فالقول عند مالك قول الدافع ، وعلى الصناع البينة ؛ لأنهم كانوا ضامنين لما في أيديهم ، وقال ابن الماجشون : القول قول الصناع إن كان ما دفع إليهم دفع بغير بينة وإن كان دفع إليهم بينة فلا يبرءون إلا ببينة . وإذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الأجرة ، فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه إن قام بحدثان ذلك ، وإن تطاول فالقول قول رب المصنوع ، وكذلك إذا اختلف المكري والمكتري ، وقيل بل القول قول الصانع وقول المكري وإن طال ، وهو الأصل . وإذا اختلف المكري والمكتري أو الأجير والمستأجر في مدة الزمان الذي وقع فيه استيفاء المنفعة إذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك ، فالمشهور في المذهب أن القول قول المكتري والمستأجر ؛ لأنه الغارم ، والأصول على أن القول قول الغارم ، وقال ابن الماجشون : القول قول المكتري له والمستأجر ، إذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما

أشبه ذلك . وأما ما لم يكن في قبضه مثل الأجير فالقول قول الأجير . ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل ، وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها ، أو قدر الكراء أو نوعه ، فإن كان اختلافهما في نوع المسافة ، أو في نوع الكراء ؛ فالتحالف والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن ، قال ابن القاسم : انعقد أو لم ينعقد ، وقال غيره : القول قول رب الدابة إذا انعقد وكان يشبه ما قال . وإن كان اختلافهما في قدر المسافة ، فإن كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير ؛ فالتحالف والتفاسخ ، وإن كان بعد ركوب كثير ، أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة ؛ فالقول قول رب الدابة في المسافة إن انتقد وكان يشبه ما قال ، إن لم ينتقد وأشبه قوله تحالفًا ، ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين ، فما جعل منه للمسافة التي ادعاها رب الدابة أعطيه ، وكذلك إن انتقد ولم يشبه قوله ، وإن اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة – فالقول قول المكتري نقد أو لم ينقد ؛ لأنه مدعى عليه . وإن اختلفا في الأمرين جميعًا ، في المسافة والثمن ، مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة : اكتريت منك إلى قرمونة بدينارين ، ويقول المكتري : بل بدينار إلى إشبيلية ، فإن كان أيضًا قبل الركوب أو بعد ركوب ؛ لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفًا وتفاسخًا ، وإن كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التي يدعيها رب الدابة ، فإن كان لم ينقد المكتري شيئًا ؛ كان القول قول رب الدابة في المسافة ، والقول قول المكتري في الثمن ، ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة إلى قرمونة ، على أنه لو كان الكراء به إلى إشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكتري ، وإن لم يشبه ما قال وأشبه رب الدابة غرم دينارين ، وإن كان المكتري نقد الثمن الذي يدعي أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة ؛ كان القول قول رب الدابة في المسافة ، ويبقى له ذلك الثمن الذي قبضه لا يرجع عليه بشيء منه إذ هو مدعى عليه في بعضه ، وهو يقول : بل هو لي وزيادة ، فيقبل قوله

فيه ؛ لأنه قبضه ، ولا يقبل قوله في الزيادة ، ويسقط عنه ما لم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه ، إلا أنه إذا لم يشبه قسم الكراء الذي أقرّ به المكتري على المسافة كلها ، فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التي ادعاها ، وهذا القدر كاف في هذا الباب .



بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٣٣ - كتاب الجعل □

والجعل هو الإجارة على منفعة مظنون حصولها ، مثل مشارطة الطبيب على البرء ، والمعلم على الحذاق والناشد على وجود العبد الآبق . وقد اختلف العلماء في منعه وجوازه ، فقال مالك : يجوز ذلك في اليسير بشرطين : **أحدهما** : ألّا يضرب لذلك أجلًا ، **والثاني** : أن يكون الثمن معلومًا ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز ، وللشافعي قولان ، وعمدة من أجازه قوله تعالى : ﴿ **وَلِمَنْ جاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وأنا بِهِ زَعِيمٌ** ﴾[1] وإجماع الجمهور على جوازه في الإباق والسؤال . وما جاء في الأثر من أخذ الثمن على الرقية بأم القرآن ، وقد تقدم ذلك ، وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياسًا على سائر الإجارات ، ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شيء منه إلا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم . واختلف مالك وأصحابه في هذا الباب في كراء السفينة ، هل هو جعل أو إجارة ، فقول مالك : ليس لصاحبها كراء إلا بعد البلوغ ، وهو قول ابن القاسم ذهابًا إلى أن حكمها حكم الجعل . وقال ابن نافع من أصحابه : له قدر ما بلغ من المسافة ، فأجرى حكمه مجرى الكراء . وقال أصبغ : إن لجج فهو جعل ، وإن لم يلجج فهو إجارة له بحسب الموضع الذي وصل إليه . والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ، ومحله : هو ما كان من الأفعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه ؛ لأنه إذا

(١) يوسف : (٧٢) .

انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل[1] ، ولم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها ، وقلنا على حكم الجعل إنه إذا لم يأت بالمنفعة التي انعقد الجعل عليها ؛ لم يكن له شيء ، فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير أن يعوضه من عمله بأجر ، وذلك ظلم ، ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل : هل هو جعل أو إجارة ، مثل مسألة السفينة المتقدمة : هل هي مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الآبار ، وقالوا في المغارسة : إنها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة ، وهي عند مالك أن يعطي الرجل أرضه لرجل على أن يغرس فيه عددًا من الثمار معلومًا ، فإذا استحق الثمر ؛ كان للغارس جزء من الأرض . متفق عليه .

---

(١) هكذا بالنسخ ، ولعله للعمل ؛ لأن الملتزم للجعل هو المنتفع ، أو تجعل اللام للعلة ، تأمل اهـ مصححه .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما

□ ٣٤ - كتاب القراض □

ولاخلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنه مما كان في الجاهلية فأقره الإسلام . وأجمعوا على أن صفته أن يعطي الرجلُ الرجلَ المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال ، أي جزء كان ، مما يتفقان عليه ثلثًا أو ربعًا أو نصفًا ، وأن هذا مستثنى من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس ، وأنه لا ضمان على العامل فيما تلف من رأس المال إذا لم يتعدّ ، وإن كان اختلفوا فيما هو تعدّ مما ليس بتعد . وكذلك أجمعوا بالجملة على أنه لا يقترن به شرط يزيد في مجهلة الربح أو في الغرر الذي فيه ، وإن كان اختلفوا فيما يقتضي ذلك من الشروط مما لا يقتضي . وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا في غير ذلك . وبالجملة فالنظر فيه : في صفته ، وفي محله ، وفي شروطه ، وفي أحكامه ، ونحن نذكر في بابِ بابٍ من هذه الثلاثة الأبواب مشهورات مسائلهم .



○ الباب الأول ○

[في محله]

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها . وأما محله فإنهم أجمعوا على أنه جائز بالدنانير والدراهم ، واختلفوا في العروض ، فجمهور فقهاء الأمصار على أنه لا يجوز القراض بالعروض ، وجوّزه ابن أبي ليلى . وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضًا ؛ كان غررًا ؛ لأنه يقبض العرض وهو يساوى قيمة مًّا ، ويرده وهو يساوى قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولا . وأما إن كان رأس المال ما به يباع العروض ، فإن مالكًا منعه والشافعي أيضًا ، وأجازه أبو حنيفة . وعمدة مالك أنه قارضه على ما بيعت به السلعة ، وعلى بيع السلعة نفسها ، فكأنه قراض ومنفعة ، مع أن ما يبيع به السلعة مجهول ، فكأنه إنما قارضه على رأس مال مجهول ، ويشبه أن يكون أيضًا إنما منع المقارضة على قيم العروض لمكان ما يتكلف المقارض في ذلك من البيع ، وحينئذ ينضّ رأس مال القراض ، وكذلك إن أعطاه العرض بالثمن الذي اشتراه به ، ولكنه أقرب الوجوه إلى الجواز ، ولعل هذا هو الذي جوّزه ابن أبي ليلى ، بل هو الظاهر من قولهم ، فإنهم حكوا عنه أنه يجوز أن يعطى الرجل ثوبًا يبيعه ، فما كان فيه من ربح فهو بينهما ، وهذا إنما هو على أن يجعلا أصل المال الثمن الذي اشتري به الثوب ، ويشبه أيضًا إن جعل رأس المال الثمن ، أن يتهم المقارض في تصديقه رب المال بخرصه على أخذ القراض منه . واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة ، فروى عنه أشهب منع ذلك ، وروى ابن القاسم جوازه ، ومنعه في المصوغ ، وبالمنع في ذلك قال الشافعي والكوفي ، فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ، ومن

أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف أسواقها . واختلف أيضا أصحاب مالك في القراض بالفلوس ، فمنعه ابن القاسم ، وأجازه أشهب ، وبه قال محمد ابن الحسن ، وجمهور العلماء مالك والشافعي وأبو حنيفة على أنه إذا كان لرجل على رجل دين ؛ لم يجز أن يعطيه له قراضًا قبل أن يقبضه ، أما العلة عند مالك فمخافة أن يكون أعسر بماله ، فهو يريد أن يؤخره عنه على أن يزيد فيه ، فيكون الربا المنهي عنه . وأما العلة عند الشافعي وأبي حنيفة ، فإن ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة . واختلفوا فيمن أمر رجلًا أن يقبض دينًا له على رجل آخر ، ويعمل فيه على جهة القراض ، فلم يجز ذلك مالك وأصحابه ؛ لأنه رأى أنه ازداد على العامل كلفة ، وهو ما كلفه من قبضه ، وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة في القراض أنه فاسد ، وأجاز ذلك الشافعي والكوفي ، قالوا : لأنه وكله على القبض لا أنه جعل القبض شرطًا في المصارفة ، فهذا هو القول في محله . وأما صفته فهي الصفة التي قدمناها .

○ الباب الثاني ○

[في مسائل الشروط]

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هي ما أدى عندهم إلى غرر أو إلى مجهلة زائدة . ولا خلاف بين العلماء أنه إذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئًا زائدًا غير ما انعقد عليه القراض أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه يصير ذلك الذي انعقد عليه القراض مجهولًا ، وهذا هو الأصل عند مالك في أن لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه أحدهما لصاحبه مع نفسه ، فهذه جملة ما اتفقوا عليه وإن كانوا قد اختلفوا في التفصيل ، فمن ذلك اختلافهم إذا شرط العامل الربح كله له ، فقال مالك : يجوز ، وقال الشافعي : لا يجوز ، وقال أبو حنيفة : هو قرض لا قراض ، فمالك رأى أنه إحسان من رب المال وتطوع ، إذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير ، والشافعي رأى أنه غرر ؛ لأنه إن كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض ، وإن كان ربح فليس لرب المال فيه شيء . ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل ، فقال مالك : لا يجوز القراض وهو فاسد ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد ، وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع ، على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتمادا على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف ، مثل أن يشترط عليه تعيين جنس مًّا من السلع ، أو تعيين جنس مًّا من البيع ، أو تعيين موضع مًّا للتجارة ، أو تعيين صنف مًّا من الناس يتجر معهم . فقال مالك

والشافعي في اشتراط جنس من السلع : لا يجوز ذلك إلا أن يكون ذلك الجنس من السلع لا يختلف وقتا مًّا من أوقات السنة ، وقال أبو حنيفة : يلزمه ما اشترط عليه ، وإن تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن . فمالك والشافعي رأيا أن هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك ، وأبو حنيفة استخفّ الغرر الموجود في ذلك ، كما لو اشترط عليَه ألّا يشتري جنسًا مًّا من السلع لكان على شرطه في ذلك بإجماع . ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور ، وأجازه أبو حنيفة إلا أن يتفاسخا ، فمن لم يجزه رأى أن في ذلك تضييقًا على العامل يدخل عليه مزيد غرر ؛ لأنه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الأجل إلى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ، ومن أجاز الأجل شبه القراض بالإجارة .

ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح على العامل في حصته من الربح ، فقال مالك في الموطأ : لا يجوز ، ورواه عنه أشهب ، وقال ابن القاسم : ذلك جائز ، ورواه عن مالك ، وبقول مالك قال الشافعي . وحجة من لم يجزه أنه تعوض حصة العامل ورب المال مجهولة ؛ لأنه لا يدري كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه ، وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه ، أعني : على العامل ، فإنه لا يجوز باتفاق ، وحجة ابن القاسم أنه يرجع إلى جزء معلوم النسبة وإن لم يكن معلوم القدر ؛ لأن الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى ، فكأنه اشترط عليه في الربح الثلث إلا ربع العشر ، أو النصف إلا ربع العشر ، أو الربع إلا ربع العشر ، وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال ؛ لأن ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة ، فكان ممكنًا أن يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلًا ، وهل يجوز أن يشترط ذلك المقارض على رب المال ؟ في المذهب فيه قولان : قيل بالفرق بين العامل ورب المال ، وقيل : يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولا يجوز أن يشترطه رب المال على العامل ، وقيل : عكس هذا . واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلامًا بعينه على

أن يكون للغلام نصيب من المال ، فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة ، وقال أشهب من أصحاب مالك : لا يجوز ذلك ، فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ، ومن لم يجز ذلك رأى أنها زيادة ازدادها العامل على رب المال . فأما إن اشترط العامل غلامه ، فقال الثوري : لا يجوز ، وللغلام فيما عمل أجرة المثل ، وذلك أن حظ العامل يكون عنده مجهولًا .

○ القول في أحكام القراض ○

والأحكام : **منها** ما هي أحكام القراض الصحيح ، **ومنها** ما هي أحكام القراض الفاسد .

وأحكام القراض الصحيح : **منها** ما هي من موجبات العقد ، أعني : أنها تابعة لموجب العقد ، ومختلف فيها هل هي تابعة أو غير تابعة؟ **ومنها** أحكام طوارئ تطرأ على العقد مما لم يكن موجبه من نفس العقد ، مثل التعدي والاختلاف وغير ذلك . ونحن نذكر من هذه الأوصاف ما اشتهر عند فقهاء الأمصار . ونبدأ من ذلك بموجبات العقد ، فنقول : إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض ، وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في القراض . واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال مالك : هو لازم ، وهو عقد يورَّث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : لكل واحد منهم الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقد يورث . فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ، ورآه من العقود الموروثة ، والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بما بعد الشروع في العمل . ولا خلاف بينهم أن المقارض إنما يأخذ حظه من الربح بعد أن ينض جميع رأس المال ، وأنه إن خسر ثم اتجر ثم ربح جبر الخسران من الربح . واختلفوا في الرجل يدفع إلى رجل مالًا قراضًا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ، ثم يعمل فيه فيربح ، فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذي هلك ، هل له ذلك أم لا ؟ فقال مالك وجمهور العلماء : إن صدّقه رب المال ، أو دفع رجل مالًا قراضًا لرجل ، فهلك منه جزء قبل أن يعمل فأخبره بذلك فصدّقه ، ثم قال له : يكون الباقي عندك

قراضًا على الشرط المتقدم ، لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الأول . وقال ابن حبيب من أصحاب مالك : إنه يلزمه في ذلك القول ، ويكون الباقي قراضًا ، وهذه المسألة هي من أحكام الطوارئ ، ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة ، وهي من أحكام العقد . واختلفوا هل للعامل نفقته من المال المقارض عليه أم لا ؟ على ثلاثة أقوال : فقال الشافعي في أشهر أقواله : لا نفقة له أصلًا إلا أن يأذن له رب المال ، وقال قوم : له نفقته ، وبه قال إبراهيم النخعي والحسن ، وهو أحد ما روي عن الشافعي ، وقال آخرون : له النفقة في السفر من طعامه وكسوته ، وليس له شيء في الحضر ، وبه قال مالك وأبو حنيفة والثوري وجمهور العلماء ، إلا أن مالكًا قال : إذا كان المال يحمل ذلك ، وقال الثوري : ينفق ذاهبًا ولا ينفق راجعًا، وقال الليث : يتغدى في المصر ولا يتعشى ، وروي عن الشافعي أن له نفقته في المرض ، والمشهور عنه مثل قول الجمهور : أن لا نفقة له في المرض . وحجة من لم يجزه أن ذلك زيادة منفعة في القراض فلم يجز ، أصله المنافع . وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصدر الأول ، ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر . وأجمع علماء الأمصار على أنه لا يجوز للعامل أن يأخذ نصيبه من الربح إلا بحضرة رب المال ، وأن حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته ، وأنه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها .

○ القول في أحكام الطوارئ ○

واختلفوا إذا أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ، ثم ضاع المال أو بعضه ، فقال مالك : إن أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع ، وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري : ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ، ثم يقتسمان فضلًا إن كان هنالك . واختلفوا إذا هلك مال القراض بعد أن اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع . فقال مالك : البيع لازم للعامل ، ورب المال مخير إن شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ، ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة ، وإن شاء تبرأ عنها ، وقال أبو حنيفة : بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل ، إلا أنه قال : يكون رأس المال في ذلك القراض الثمنين ، ولا يقتسمان الربح إلا بعد حصوله عينًا ، أعني : ثمن تلك السلعة التي تلفت أوّلا ، والثمن الثاني الذي لزمه بعد ذلك . واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض ، فكره ذلك مالك ، وأجازه أبو حنيفة على الإطلاق ، وأجازه الشافعي بشرط أن يكون قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله . ووجهه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه ، فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذي اشترط عليه . ولا أعرف خلافًا بين فقهاء الأمصار أنه إن تكارى العامل على السلع إلى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة ، أنها على العامل لا على رب المال ؛ لأن رب المال إنما دفع ماله إليه ليتجر به ، فما كان من خسران في المال فعليه ، وكذلك ما زاد على المال واستغرقه . واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض ، فقال مالك : ذلك لا يجوز ، وقال الشافعي وأبو حنيفة : ذلك جائز ، ويكون الربح بينهما على شرطهما . وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة ، كذلك لا يجوز أن يأخذ دينًا فيها . واختلفوا

هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به رب المال ؟ فقال مالك : ليس له ذلك ، فإن فعل ضمن ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : له ذلك . والجميع متفقون على أن العامل إنما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبًا في أكثر الأحوال ، فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الأغلب لم يجزه ، ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه . واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال ، فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكًا : هو تعد ويضمن ، وقال مالك : ليس بتعد . و لم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار ، أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران ، وإن كان ربح فذلك على شرطه ، ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه ، فيوفيه حظه مما بقي من المال ـــ وقال المزني عن الشافعي : ليس له إلا أجرة مثله ، لأنه عمل على فساد .

○ القول في حكم القراض الفاسد ○

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه مالم يفت بالعمل . واختلفوا إذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال :

أحدها : أنه يرد جميعه إلى قراض مثله ، وهي رواية ابن الماجشون عن مالك ، وهو قوله وقول أشهب .

والثاني أنه يرد جميعه إلى إجارة مثله ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبي سلمة من أصحاب مالك ، وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك .

والثالث أنه يرد إلى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه ، وإنما له الأقل مما سمى أو من قراض مثله إن كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض ، أو الأكثر من قراض مثله ، أو من الجزء الذي سمى له إن كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القراض ، وهذا القول يتخرج رواية عن مالك .

والرابع أنه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه ، وإلى إجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل ، وهو قول مطرِّف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ ، واختاره ابن حبيب ، وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة ، فبعضها وهو الأكثر قال : إن فيها أجرة المثل، وفي بعضها قال : فيها قراض المثل . فاختلف الناس في تأويل قوله ، فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذي ذهب إليه ابن عبد الحكم ومطرف ، وهو اختيار ابن حبيب

واختيار جدي رحمة الله عليه . ومنهم من لم يعلل قوله وقال : إن مذهبه أن كل قراض فاسد ، ففيه أجرة المثل إلا بتلك التي نص فيها قراض المثل وهي سبعة : القراض بالعروض ، والقراض بالضمان ، والقراض إلى أجل ، والقراض المبهم ، وإذا قال له اعمل على أن لك في المال شركًا ، وإذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لا يشبه فحلفا على دعواهما ، وإذا دفع إليه المال على ألّا يشتري به إلا بالدين فاشترى بالنقد ، أو على ألّا يشتري إلا سلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به . وهذه المسائل يجب أن ترد إلى علة واحدة ، وإلا فهو اختلاف من قول بن القاسم ، وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم أنه فصل فقال : إن كان الفساد من جهة العقد رُدَّ إلى قراض المثل ، وإن كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الآخر رد إلى أجرة المثل ، والأشبه أن يكون الأمر في هذا بالعكس . والفرق بين الأجرة وقراض المثل أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن ، وقراض المثل هو على سنة القراض إن كان فيه ربح كان للعامل منه ، وإلا فلا شيء له .

○ القول في اختلاف المتقارضين ○

واختلف الفقهاء إذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذي تقارضا عليه ، فقال مالك : القول قول العامل لأنه عنده مؤتمن ، وكذلك الأمر عنده في جميع دعاويه إذا أتى بما يشبه ، وقال الليث : يحمل على قراض مثله ، وبه قال مالك إذا أتى بما لا يشبه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه : القول قول رب المال ، وبه قال الثوري ، وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاسخان ، ويكون له أجرة مثله .

وسبب اختلاف مالك وأبي حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه ، هل ذلك ؛ لأنه مدعى عليه ، أو لأنه في الأغلب أقوى شبهة، فمن قال:لأنه مدعي عليه قال:القول قول رب المال، ومن قال: لأنه أقواهما شبهة في الأغلب قال : القول قول العامل ؛ لأنه عنده مؤتمن ، وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة . وهذا كاف في هذا الباب .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

□ ٣٥ - كتاب المساقاة □

[القول في المساقاة]

أما أوّلا : ففي جوازها .

والثاني : في معرفة الفساد والصحة فيها .

والثالث : في أحكامها .



[القول في جواز المساقاة]

فأما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبي حنيفة وأحمد وداود ، وهي عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق ، ومن الإجارة المجهولة ، وقال أبو حنيفة : لا تجوز المساقاة أصلًا . وعمدة الجمهور في إجازتها حديث ابن عمر الثابت « أن رسول الله ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها » خرجه البخاري[1] ومسلم[2] وفي بعض رواياته[3] « أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة » وما رواه مالك[4] أيضًا من مرسل سعيد

---

(١) في صحيحه (٥ /١٠ رقم ٢٣٢٨) و (٥ /١٥ رقم ٢٣٣١) .

(٢) في صحيحه (٣ /١١٨٧ رقم ٥ /١٥٥١) .
قلت : وقد تقدم قريباً في الإجارات .

(٣) أخرجها البخاري (٥ /١٠ رقم ٢٣٢٨) و (٥ /١٣ رقم ٢٣٢٩) ، ومسلم (٣ /١١٨٦ -١١٨٧ رقم ١ -٥ /١٥٥١) .
من حديث ابن عمر .
● وأخرجه الدارقطني (٣ /٣٨ رقم ١٥٤) ، والبيهقي (٦ /١١٤) من حديث عمر : « أن رسول الله ﷺ ساق يهود خيبر على تلك الأموال على الشطر وسهامهم معلومة ، وشرط عليهم أنا إذا شئنا أخرجناكم » .

(٤) في الموطأ (٢ /٧٠٣ رقم ١) مرسلاً .
قلت : ومن طريق مالك أخرجه الشافعي في ترتيب المسند (١ /٢٤٢ رقم ٦٦٠) و (٢ /١٣٥ رقم ٤٤٤ و ٤٤٥) ، والبيهقي (٤ /١٢٢) وأخرجه البيهقي (٦ /١١٥) موصولاً من حديث أبي هريرة ، قال : « لما افتتح رسول الله ﷺ خيبر دعا يهوداً فقال : نعطيكم نصف الثمر على أن تعملوها ، أقركم ما أقركم الله=

ابن المسيب أن رسول الله ﷺ قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر: « أُقِرُّكُمْ عَلى ما أَقَرَّكُمُ اللّٰهُ عَلى أنَّ التَّمْرَ بَيْنَنا وَبَيْنَكُمْ » قال: وكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم، ثم يقول: « إنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وإنْ شِئْتُمْ فَلي » وكذلك مرسله أيضًا[1] عن سليمان بن يسار في معناه وأما أبو حنيفة ومن

= عز وجل. قال: فكان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله يخرصها، ثم يخيرهم أن يأخذوها أو يتركوها. وأن اليهود أتوا رسول الله ﷺ في بعض ذلك فشكوا إليه، فدعا عبد الله بن رواحة فذكر له ما ذكروا، فقال عبد الله: يا رسول الله، هم بالخيار إن شاءوا أخذوها، وإن تركوها أخذناها. فرضيت اليهود، وقالت: بهذا قامت السماوات والأرض » الحديث.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢ /٧٠٣ رقم ٢).

عن سليمان بن يسار: « أن رسول الله ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة إلى خيبر، فَيَخْرُص بينه وبين يهود خيبر. قال: فجمعوا له حَلْياً من حَلْي نسائهم، فقالوا: هذا لك وَخَفِّفْ عنَّا وتجاوَزْ في القَسْم، فقال عبد الله بن رواحة: يا معشر اليهود، والله إنكم لمن أبغض خلق الله إليَّ وما ذاك بحامِلي على أن أحيف عليكم، فأمَّا ما عرضتم من الرشوة فإنها سحت، وإنَّا لا نأكلها. فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض ».

● وأخرج البيهقي (٦ /١١٤) من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر: « أن النبي ﷺ قاتل أهل خيبر حتى ألجأهم إلى قصرهم، فغلب على الأرض والزرع والنخل، فقالوا: يا محمد، دعنا نكون في هذه الأرض نصلحها ونقوم عليها، ولم يكن لرسول الله ﷺ ولا لأصحابه غلمان يقومون عليها، فأعطاهم خيبر على أن لهم الشطر من كل زرع ونخل وشيء ما بدا لرسول الله ﷺ، وكان عبد الله بن رواحة يأتيهم في كل عام فيخرصها عليهم ثم يضمنهم الشطر، فشكوا إلى رسول الله ﷺ في عام شدة خرصه وأرادوا أن يرشوه، فقال: يا أعداء الله تطعموني السُّحْتَ ولقد جئتكم من عند أحب الناس إليَّ ولأنتم أبغض إليَّ من عدتكم من القردة والخنازير، ولا يحملني بغضي إياكم وحبي إياه على ألّا أعدل عليكم. فقالوا: بهذا قامت السماوات والأرض ». وهو حديث ضعيف.

● وأخرج أبو داود (٣ /٦٩٧ رقم ٣٤١٠)، وابن ماجه (١ /٥٨٢ رقم ١٨٢٠) موصولا من حديث ميمون بن مهران عن مِقْسَم عن ابن عباس قال: =

قال بقوله ، فعمدتهم مخالفة هذا الأثر للأصول مع أنه حكم مع اليهود ، واليهود يحتمل أن يكون أقرهم على أنهم عبيد ، ويحتمل أن يكون أقرهم على أنهم ذمة ، إلا أنّا إذا أنزلنا أنهم ذمة كان مخالفًا للأصول ؛ لأنه بيع مالم يخلق ، وأيضًا فإنه من المزابنة ، وهو بيع التمر بالتمر متفاضلًا ؛ لأن القسمة بالخرص بيع الخرص ، واستدلوا على مخالفته للأصول بما روي في حديث عبد الله بن رواحة ، أنه كان يقول لهم عند الخرص : « إن شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين ، وإن شئتم فلي وأضمن نصيبكم »[1] وهذا حرام بإجماع . وربما قالوا إن النهي الوارد عن المخابرة هو ما كان من هذا الفعل بخيبر . والجمهور يرون أن المخابرة هي كراء الأرض ببعض ما يخرج منها ، قالوا : ومما يدل على نسخ هذا الحديث ، أو أنه خاص باليهود ما ورد من حديث رافع وغيره من النهي عن كراء الأرض بما يخرج

= افتتح رسولُ الله ﷺ خيبرَ ، واشترط أن له الأرض وكلَّ صفراء وبيضاء ، قال أهل خيبر : نحن أعلم بالأرض منكم فأعطِناها على أن لكم نصف الثمرة ولنا نصف ، فزعم أنه أعطاهم على ذلك ، فلما كان حين يُصرم النخل بعث إليهم عبد الله بن رواحة فحزَر عليهم النخل ، وهو الذي يسميه أهل المدينة الخَرْص ، فقال : في ذِهْ كذا وكذا ، قالوا : أكثرت علينا يا بن رواحة ، فقال : فأنا أَلي حَزْرَ النخل وأعطيكم نصف الذي قلتُ ، قالوا : هذا الحق وبه تقوم السماء والأرض قد رضينا أن نأخذهُ بالذي قلت .

وهو حديث حسن. قلت: حديث ابن عباس لفظه بعيد من مرسل سليمان بن يسار .

● وأخرج أبو داود (٣ /٦٩٩ رقم ٣٤١٤) من حديث إبراهيم بن طهمان عن أبي الزبير عن جابر ، أنه قال : أفاء الله على رسوله خيبر ، فأقرهم رسول الله ﷺ كما كانوا ، وجعلها بينه وبينهم ، فبعث عبد الله بن رواحة فخرصها عليهم . وزاد أحمد (٣ /٣٦٧) من هذا الطريق : « ثم قال لهم : يا معشر اليهود ، أنتم أبغض الخلق إليَّ ، قتلتم أنبياء الله عز وجل ، وكذبتم على الله ، وليس يحملني بغضي إياكم على أن أحيف عليكم ، قد خرصت عشرين ألف وسق من تمر ، فإن شئتم فلكم وإن أبيتم فلي . فقالوا : بهذا قامت السماوات والأرض » وهو حديث صحيح لغيره .

(١) تقدم من حديث ابن عمر عند البيهقي (٦ /١١٤) وهو حديث ضعيف .

منها[1] ؛ لأن المساقاة تقتضي جواز ذلك ، وهو خاص أيضًا في بعض روايات أحاديث المساقاة ، ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعي ؛ أعني : بما جاء من « أنه ﷺ ساقاهم على نصف ما تخرجه الأرض والثمرة »[2] وهي زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر .

○ القول في صحة المساقاة ○

والنظر في الصحة راجع إلى النظر في أركانها ، وفي وقتها ، وفي شروطها المشترطة في أركانها . وأركانها أربعة : المحل المخصوص بها . والجزء الذي تنعقد عليه . وصفة العمل الذي تنعقد عليه . والمدة التي تجوز فيها وتنعقد عليها .

• الركن الأول : في محل المساقاة .

واختلفوا في محل المساقاة ، فقال داود : لا تكون المساقاة إلا في النخيل فقط ، وقال الشافعي : في النخل والكرم فقط ، وقال مالك : تجوز في كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة ، وتكون في الأصول غير الثابتة كالمقاثئ والبطيخ مع عجز صاحبها عنها ، وكذلك الزرع ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا ابن دينار ، فإنه أجازها فيه إذا نبتت قبل أن تستغل ، فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة ، فوجب ألّا يتعدى بها محلها الذي جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام ، فوجب تعدية ذلك إلى الغير . وقد يقاس على الرخص عند قوم إذا فهم هنالك أسباب أعم من الأشياء التي علقت الرخص بالنص بها ، وقوم منعوا القياس على الرخص ، وأما داود فهو يمنع القياس على الجملة ، فالمساقاة على أصوله

(١) تقدم في أول كتاب الإجارات .

(٢) تقدم قريباً .

مطردة ، وأما الشافعي فإنما أجازها في الكرم من قبل أن الحكم في المساقاة هو بالخرص ، وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد[1] الحكم بالخرص في النخل والكرم وإن كان ذلك في الزكاة ، فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة ، والحديث الذي ورد عن عتاب بن أسيد هو « أن رسول الله ﷺ بعثه وأمره أن يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبًا ، كما تؤدى زكاة النخل تمرًا » ودفع داود حديث عتاب بن أسيد ؛ لأنه مرسل[2] ؛ ولأنه انفرد به عبد الرحمن بن

---

(١) أخرجه أبو داود (٢ /٢٥٧ رقم ١٦٠٣) ، والدارقطني (٢ /١٣٣ رقم ١٨) ، والبيهقي (٤ /١٢٢) .
من طريق عبد الرحمن بن إسحاق ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، عن عتَّاب ابن أُسيد .
وأخرجه الترمذي (٣ /٣٦ رقم ٦٤٤) ، وابن ماجه (١ /٥٨٢ رقم ١٨١٩) ، والدارقطني (٢ /١٣٣ رقم ١٩ -٢٢) ، والبيهقي (٤ /١٢١) .
من طريق محمد بن صالح التمار عن الزهري به .
وقال الترمذي : « حديث حسن غريب ، وقد روى ابن جريج هذا الحديث عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة . وسألت البخاري عن هذا فقال : حديث ابن جريج غير محفوظ ، وحديث سعيد بن المسيب عن عتَّاب بن أسِيد أصح » .
وأخرجه البيهقي (٤ /١٢٢) من طريق عباد بن إسحاق عن الزهري ، وأخرجه الدارقطني (٢ /١٣٢ رقم ١٦ و ١٧) من طريق عبد الرحمن بن عبد العزيز الأيامي ومن طريق محمد بن عبد الله بن مسلم ، كلاهما عن الزهري به . فهؤلاء تابعوا عبد الرحمن بن إسحاق عليه .
قلت : إن هذا الحديث منقطع ، فإن عتاب بن أسيد توفي في اليوم الذي توفي فيه أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، ومولد سعيد بن المسيب في خلافة عمر ، سنة خمس عشرة ، على المشهور ، وقيل : كان مولده بعد ذلك . والله أعلم . انظر المختصر للمنذري (٢ /٢١١) .
والخلاصة أن الحديث ضعيف . وقد ضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجه وغيره .

(٢) وهو كما قال .

إسحاق[1] وليس بالقوي . واختلفوا إذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار ، هل يجوز أن تساق الأرض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الأرض ؟ فذهب إلى جواز ذلك طائفة ، وبه قال صاحبا أبي حنيفة والليث وأحمد والثوري وابن أبي ليلى وجماعة ، وقال الشافعي وأهل الظاهر : لا تجوز المساقاة إلا في التمر فقط ، وأما مالك فقال : إذا كانت الأرض تبعًا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا بأس بدخولها في المساقاة اشترط جزءًا خارجًا منها أو لم يشترطه ، وحدُّ ذلك الجزء بأن يكون الثلث فما دونه ؛ أعني : أن يكون مقدار كراء الأرض الثلث من الثمر فما دونه ، ولم يجز أن يشترط رب الأرض أن يزرع البياض لنفسه ؛ لأنها زيادة ازدادها عليه ، وقال الشافعي : ذلك جائز[2] . وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعًا ، أعني : على الأرض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم . وحجة من لم يجز ذلك ما روي من النهي عن كراء الأرض بما يخرج منها ، في حديث رافع بن خديج[3] ، وقد تقدم ذلك ، وقال أحمد بن حنبل : أحاديث رافع مضطربة الألفاظ ، وحديث ابن عمر أصح . وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف ، وهو استحسان مبني على غير الأصول ؛ لأن الأصول تقتضي أنه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد . ومنها اختلافهم في المساقاة في البقل ، فأجازها مالك والشافعي وأصحابه ومحمد بن الحسن ، وقال الليث : لا تجوز المساقاة في البقل ،

---

(١) قلت : عبد الرحمن بن إسحاق احتج به الإمام مسلم كما ذكره ابن القيسراني في « الجمع بين رجال الصحيحين » (١ /٢٩٥ رقم ١١١٨) في أفراد مسلم . ومع ذلك فلم ينفرد به كما تقدم .

(٢) هكذا بالنسخ ، ولعله متناقض في النقل عن الشافعي ، فإنه نقل عنه أولا أنه لا يجوز إلا في الثمرة وهنا أنه تجوز المساقاة في الأرض والنخل معاً فلعل له قولين ، تأمل . اهـ مصححه .

(٣) تقدم تخريجه في كتاب الإجارات .

وإنما أجازها الجمهور ؛ لأن العامل وإن كان ليس عليه فيها سقي فيبقى عليه أعمال أخر ، مثل الإبار وغير ذلك ، وأما الليث فيرى السقي بالماء هو الفعل الذي تنعقد عليه المساقاة ، ولمكانه وردت الرخصة فيه .

• الركن الثاني .

وأما الركن الذي هو العمل ، فإن العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذي يجب على العامل هو السقي والإبار . واختلفوا في الجذاذ على من هو وفي سد الحظار وتنقية العين والسانية . أما مالك فقال في الموطأ : السنة في المساقاة التي يجوز لرب الحائط أن يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر ، هذا وأشباهه هو على العامل ، وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه في المساقاة بالشرط ، ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعي : ليس عليه سد الحظار ؛ لأنه ليس من جنس ما يؤثر في زيادة الثمرة مثل الإبار والسقي . وقال محمد بن الحسن : ليس عليه تنقية السواني والأنهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعي : هو على العامل ، إلا أن مالكًا قال : إن اشترطه العامل على رب المال جاز ، وقال الشافعي : لا يجوز شرطه وتنفسخ المساقاة إن وقع ، وقال محمد بن الحسن : الجذاذ بينهما نصفان ، وقال المحصلون من أصحاب مالك : إن العمل في الحائط على وجهين : عمل ليس له تأثير في إصلاح الثمرة ، وعمل له تأثير في إصلاحها ، والذي له تأثير في إصلاحها منه ما يتأبد ويبقى بعد الثمر ، ومنه ما لا يبقى بعد الثمر . فأما الذي ليس له تأثير في إصلاح الثمر فلا يدخل في المساقاة لا بنفس العقد ولا بالشرط إلا الشيء اليسير منه . وأما ما له تأثير في إصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط في المساقاة لا بنفس العقد ، مثل إنشاء حفر بئر ، أو إنشاء ظفيرة للماء ، أو إنشاء غرس ، أو إنشاء بيت يجني فيه الثمر . وأما ما له تأثير في إصلاح الثمر ولا يتأبد ، فهو لازم بنفس العقد ، وذلك مثل الحفر

والسقي وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك ، وأجمعوا على أن ما كان في الحائط من الدواب والعبيد ، أنه ليس من حق العامل . واختلفوا في شرط العامل ذلك على المساقي ، فقال مالك : يجوز ذلك فيما كان منها في الحائط قبل المساقاة . وأما إن اشترط فيها ما لم يكن في الحائط فلا يجوز ، وقال الشافعي : لا بأس بذلك وإن لم يكن في الحائط ، وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك ، وقال محمد بن الحسن : لا يجوز أن يشترطه العامل على رب المال ، ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ، ووجه كراهيته ذلك ما يلحق في ذلك من الجهل بنصيب رب المال ، ومن أجازه رأى أن ذلك تافه ويسير ، ولتردد الحكم بين هذين الأصلين استحسن مالك ذلك في الرقيق الذي يكون في الحائط في وقت المساقاة ومنعه في غيرهم ؛ لأن اشتراط المنفعة في ذلك أظهر ، وإنما فرق محمد بن الحسن ؛ لأن اشتراطهما على العامل هو من جنس ما وجب عليه من المساقاة ، وهو العمل بيده . واتفق القائلون بالمساقاة على أنه إن كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل إلا ما يعمل بيده أن ذلك لا يجوز ؛ لأنها إجارة بما لم يخلق ، فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

• الركن الثالث .

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر ، فأجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض ، وقد قيل إن ذلك منحة لا مساقاة ، وقيل لا يجوز . واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة ، مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئًا من الأشياء الخارجة عن المساقاة إلا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار وإصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ، ولا يجوز عند مالك أن يساقي على حائطين : أحدهما : على جزء ، والآخر : على جزء آخر ، واحتج بفعله ﷺ في خيبر[1] ، وذلك أنه

(١) تقدم الحديث قريباً .

ساق على حوائط مختلفة بجزء واحد ، وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون إلا بالكيل ، وكذلك في الشركة ، وأنها لا تجوز بالخرص ، وأجاز قوم قسمتها بالخرص . واختلف في ذلك أصحاب مالك ، واختلفت الرواية عنه ، فقيل يجوز ، وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك ، وقيل يجوز بإطلاق إذا اختلفت حاجة الشريكين . وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر ، وبيع الطعام بالطعام نسيئة . وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة ، وفيه ضعف . وأقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ما جاء من الخرص في مساقاة خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار[1] .

• **الركن الرابع .**

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان : وقت هو مشترط في جواز المساقاة ، ووقت هو شرط في صحة العقد ، وهو المحدد لمدتها فأما الوقت المشترط في جواز عقدها فإنهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدوّ الصلاح . واختلفوا في جواز ذلك بعد بدوّ الصلاح ، فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لا يجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك : لا بأس بذلك . واختلف قول الشافعي في ذلك ، فمرة قال : لا يجوز ، ومرة قال : يجوز ، وقد قيل عنه : إنها لا تجوز إذا خلق الثمر . وعمدة الجمهور أن مساقاة ما بدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولا ضرورة داعية إلى المساقاة إذ كان يجوز بيعه في ذلك الوقت . قالوا : وإنما هي إجارة إن وقعت . وحجة من أجازها ، أنه إذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدوّ الصلاح أجوز ، ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول ؛ لأنه يجوز بيعها ؛ أعني : عند الجمهور . وأما الوقت الذي هو شرط في مدة

(١) تقدم المرسلان قريباً . والمرسل الثاني عن « سليمان بن يسار » لا « عطاء بن يسار » كما تقدم .

المساقاة ، فإنّ الجمهور على أنه لا يجوز أن يكون مجهولًا ؛ أعني : مدة غير مؤقتة ، وأجاز طائفة أن يكون إلى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر ؛ وعمدة الجمهور ما يدخل في ذلك من الغرر قياسًا على الإجارة ، وعمدة أهل الظاهر ما وقع في مرسل مالك من قوله ﷺ : « أُقِرُّكُمْ ما أَقَرَّكُمُ اللّٰهُ »[1] وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين ، وانقضاء السنين فيها هو بالجذ لا بالأهلة .
وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد ، فاختلفوا في ذلك ، فذهب ابن القاسم إلى أن من شرط صحتها ألّا تنعقد إلا بلفظ المساقاة ، وأنه ليس تنعقد بلفظ الإجارة ، وبه قال الشافعي ، وقال غيرهم : تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو قياس قول سحنون .

○ القول في أحكام الصحة ○

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لا بالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لا باللفظ ، وهو عند مالك عقد موروث ، ولورثة المساقي أن يأتوا بأمين يعمل إن لم يكونوا أمناء ، وعليه العمل إن أبى الورثة من تركته ، وقال الشافعي : إذا لم يكن له تركة سلم إلى الورثة رب المال أجرة ما عمل وفسد العقد ، وإن كانت له تركة لزمته المساقاة ، وقال الشافعي : تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل ، وقال مالك : إذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقي غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وإن يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر ، وإذا كان العامل لصًّا أو ظالمًا لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك . وحكي عن الشافعي أنه قال : يلزمه أن يقيم غيره للعمل ، وقال الشافعي : إذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ،

---

(١) تقدم قريباً في مرسل سعيد بن المسيب .

ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ، ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء . وإذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر ، فقال مالك : القول قول العامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، وقال الشافعي : يتحالفان ويتفاسخان ، وتكون للعامل الأجرة شبهه بالبيع ، وأوجب مالك اليمين في حق العامل ؛ لأنه مؤتمن ، ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة . وفروع هذا الباب كثيرة ، لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التى ذكرناها .

○ أحكام المساقاة الفاسدة ○

واتفقوا على أن المساقاة إذا وقعت على غير الوجه الذي جوزها الشرع ، أنها تنفسخ مالم تفت بالعمل . واختلفوا إذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها ؟ فقيل إنها تردّ إلى إجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد ، وهو قياس قول الشافعي وقياس إحدى الروايتين عن مالك ، وقيل : إنها ترد إلى مساقاة المثل بإطلاق ، هو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك ، وأما ابن القاسم فقال في بعضها : ترد إلى مساقاة مثلها ، وفي بعضها : إلى إجارة المثل . واختلف التأويل عنه في ذلك ، فقيل في مذهبه : إنها ترد إلى إجارة المثل إلا في أربع مسائل ، فإنها ترد إلى مساقاة مثلها :

إحداها : المساقاة في حائط فيه تمر قد أطعَمَ .

والثانية : إذا اشترط المساقي على رب المال أن يعمل معه .

والثالثة : المساقاة مع البيع في صفقة واحدة .

والرابعة : إذا ساقاه في حائط سنة على الثلث وسنة على النصف ، وقيل إن الأصل عنده في ذلك أن المساقاة إذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الإجارة

الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه ، وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها إلى أجرة المثل ، مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم ، وذلك أن هذه الزيادة إن كانت من رب الحائط كانت إجارة فاسدة ، وإن كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق .

وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد إلى مساقاة المثل ، وهذا كله استحسان جار على غير قياس . وفي المسألة قول رابع ، وهو أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان للمساقي ، أو أقل إن كان الشرط للمساقي ، وهذا كاف بحسب غرضنا .

□ الفهرس □

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع		الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة



مطابع ابن تيمية بالقاهرة
هاتف ٨٦٤٢٤٠